

(٧١٤)

إشكالات و أجوبة

من مصنفات الفقه

الحنفي

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٤هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

"(قوله : فإن فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الأصل) أي عند قلة الفوائت بدليل قوله فيما بعد إلا أن تزيد الفوائت على ست صلوات والدليل على وجوب الترتيب أن ﴿ النبي صلى الله عليه وسلم شغل يوم الخندق عن أربع صلوات فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رأيتموني أصلي ﴾ وهذا أمر بالترتيب وإنما لم يقل صلوا كما أصلي أو كما صليت ؛ لأنه ليس في وسع أحد أن يصلي كما صلى في الخشوع ، والأربع صلوات التي شغل عنها يوم الخندق الظهر والعصر والمغرب والعشاء فقضاهن بعد هوى من الليل أي طائفة من الليل وهي نحو من ثلثه أو ربعه فأمر بلالا فأذن ثم أقام فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ثم أقام فصلى المغرب ثم أقام فصلى العشاء .

(قوله : إلا أن تزيد الفوائت على ست صلوات) مراده أن تصير الفوائت ستا ودخل وقت السابعة فإنه يجوز أداء السابعة وفيه **إشكال** وهو أن بدخول السابعة لا تزيد الفوائت على ست وإنما ذلك بخروج وقت السابعة **والجواب** أن هذا من باب إطلاق اسم الأغلب على الكل فإن الأغلب أن خروج السادسة لا يكون إلا بدخول السابعة وعند دخول السابعة تحقق فوات الست والسابعة بعرضية أن تفوت وقيل معناه إلا أن تصير الفوائت ستا وتحمل الزيادة على الست بالوتر ومتى قضى الفوائت إن قضاها بجماعة وكانت يجهر فيها جهر الإمام فيها بالقراءة وإن قضاها وحده يتخير والجهر أفضل كما في الوقت ، ولو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو." (١)

"قوله (ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم) المراد بالكافر الذمي لأن الوصية للحربي باطلة كذا في المستصفى وإنما جازت الوصية للذمي ولم تجز للحربي لقوله تعالى ﴿ لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم ﴾ ثم قال ﴿ إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين ﴾ الآية .

وإنما أورد هذه المسألة لأن فيها نوع **إشكال** وهو أن الوصية أخت الميراث ولا توارث بين المسلم والكافر **والجواب** أن الوصية تشبه الميراث من حيث الثبوت ولا تشبهه من حيث إنه ثبت جبرا فلا يكون النص الوارد فيه واردا في الوصية .

وقال السرخسي في الفرق بينهما إن الإرث طريقه طريق الولاية أما الوصية فتمليك مبتدأ ولهذا لا يرد الموصى له الوصية بالعيب بخلاف الوارث كذا في شاهان." (٢)

""""""""" صفحة رقم ١١٤ """""""

الإسقاط في حقه فيسقط في حق غيره ضرورة عدم التجزي كالعفو عن القصاص وصار كالأمان ، بخلاف ما إذا رضيت لأن حقها غير حقهم ، لأن حقها صيانة نفسها عن ذلك الاستفراش ، وحقهم في دفع العار ، فسقوط أحدهما لا يقتضي سقوط الآخر وروى الحسن عن أبي حنيفة إذا تزوجت بغير كفء لم يجز .

قال شمس الأئمة السرخسي : وهو أحوط فليس كل ولي يحسن المرافعة إلى القاضي ،

---

(١) الجوهرة النيرة، ١/٢٧٠

(٢) الجوهرة النيرة، ٦/١٨٨

ولا كل قاض يعدل ، فكان الأحوط سد هذا الباب ، ولو انتسب إلى غير نسبه فتزوجته إن كان النسب المكتوم أفضل لا خيار لها ولا للأولياء كما إذا اشتراه على أنه معيب فإذا هو سليم ، وإن كان دونه فلها ولهم الخيار ، وإن رضيت فلهم الخيار لما تقدم ، وإن كان دونه إلا أنه كفء بالنسب المكتوم فلا خيار للأولياء لأنه كفء لهم فلا عار عليهم ولها الخيار لأنه شرط لها زيادة منفعة ، وقد فاتت فيثبت الخيار كما إذا اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب فوجده لا يحسنه ، وهذا لأن الاستفراش ذل في جانبها ، وهي إنما رضيت باستفراش من هو أفضل منها ، وإن كانت هي التي غرته فلا خيار له لأنه لا يفوته شيء من المصالح ، والكفاءة ليست بشرط من جانبها ، وهو قادر على الطلاق وصار كالجب والعنة والرتق . وعن أبي بكر الرازي وأبي الحسن الكرخي أنه لا تعتبر الكفاءة ، وهو مذهب مالك لقوله تعالى :) إنا خلقناكم من ذكر وأنثى (إلى أن قال :) إن أكرمكم عند الله أتقاكم ([الحجرات : ١٣] . وقال عليه الصلاة والسلام : ' ليس لعربي على عجمي فضل إلا بالتقوى ' وقال عليه الصلاة والسلام لأبي هريرة : ' لو كان لي بنت لزوجتك ' وروي أن بلالا خطب امرأة من الأنصار فأبوا أن يزوجوه ، فقال له عليه الصلاة والسلام : ' قل لهم إن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أمركم أن تزوجوني ' **وجوابه** ما تقدم ، ولأن المراد بالآية حكم الآخرة لا الدنيا ، لأن التقوى لا يعلم حقيقتها إلا الله وثوابها في الآخرة وكذا قوله عليه الصلاة والسلام : ' المراد به الفضل عند الله تعالى ' وهو **جواب** الحديث ، ويجب الحمل عليه توفيقا بين الأدلة .
قال : (وإن نقصت من مهر مثلها فللأولياء أن يفرقوا أو يتممه) ولا **إشكال** في ذلك على قولهما لأنه يجوز نكاح المرأة بغير إذن وليها أما على قول محمد فلا **إشكال** أيضا على رواية رجوعه . إلى قول أبي حنيفة ، وعلى قول الأول فيه **إشكال** لأنه لا يصح نكاحها عنده إلا بإذن الولي . قالوا : صورته إذا أكره الولي المرأة على النكاح بدون مهر المثل ثم زال الإكراه فأجازت النكاح فللأولياء الاعتراض عند أبي حنيفة خلافا لهما على ما تقدم .." (١)

"عبادة والعبادة لا تصح إلا بالنية سلمناه لأنه لا يقع عبادة بدونها عندنا وليس الكلام في هذا بل في أنه إذا لم ينو حتى لم يقع عبادة سببا للثواب فهل يقع الشرط المعتبر للصلاة حتى تصح به أو لا ليس في الحديث دلالة على نفيه ولا إثباته فقلنا نعم لأن الشرط مقصود التحصيل لغيره لا لذاته فكيف حصل حصل المقصود وصار كستر العورة وباقي شروط الصلاة لا يفتقر اعتبارها إلى أن تنوي فمن ادعى أن الشرط وضوء هو عبادة فعليه البيان بخلاف التيمم لأن التراب لم يعتبر شرعا مطهرا إلا للصلاة وتوابعها لا في نفسه فكان التطهير به تعبدا محضا وفيه يحتاج إلى النية وقياس الوضوء على التيمم ضعيف لأن شرط صحة القياس أن لا يكون الأصل متأخرا والتيمم شرع بعد الهجرة والوضوء قبلها إلا إن قصد به الاستدلال

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، ١١٤/٣

بمعنى لما شرع التيمم بشرط النية ظهر وجوبها في الوضوء فهو بمعنى لا فارق فليس **الجواب** إلا بإثبات الفارق المتقدم وقد علم النبي الأعرابي الوضوء ولم يبين له النية فلو كانت شرطا لبينها له

وقد علم مما قدمناه أن الوضوء يقع عبادة فقول بعضهم إنه ليس بعبادة محمول على ما إذا لم ينو أو مراده نفي العبادة المقصودة كما صرح به في الكافي وغيره وبهذا اندفع ما ذكره النووي من الرد على من نفي العبادة عن الوضوء متمسكا بحديث مسلم الطهور شطر الإيمان (١)

واعلم أن المذكور في الأصول أن الغسل والمسح في آية الوضوء خاصان وهو لا يحتمل البيان فاشتراط النية في الوضوء زيادة على النص بخبر الواحد لو دل عليها وهو لا يجوز فأورد العقده الأخيرة فإنها فرض بخبر الواحد فأجيب بأن الصلاة مجملة في حق ما تتم به إذ لم يعرف بأن إتمامها بأي شيء يقع فاحتاج إلى البيان وقد بين بالحديث فالفرض ثبت بالكتاب والحديث التحق (((والتحق))) به بيانا لمجمله فأورد أنه ينبغي أن يلتحق خبر الفاتحة كذلك فأجيب بأنه لا إجمال في أمر القراءة بل هو خاص

وأورد أيضا أنه ينبغي عدم اشتراط النية في العبادات لما ذكر أجيب بأنها فرض فيها لا بالحديث المذكور بل بقوله تعالى ﴿ وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين ﴾ البينة ٥ فإنه جعل الإخلاص الذي هو عبارة عن النية حالا للعابدين والأحوال شروط ومن هنا نشأ **إشكال** على من استدل به على اشتراطها في العبادات كصاحب الهداية مع قولهم في الأصول إن حديث إنما الأعمال بالنيات من قبل (((قبيل))) ظني الثبوت والدلالة يفيد السنية والاستحباب وسيأتي تمامه في محله إن شاء الله تعالى

قوله (ومسح كل رأسه مرة) أي مرة مستوعبة لما روى الترمذي في جامعه أن عليا رضي الله تعالى عنه توضأ وغسل أعضاءه ثلاثا ومسح رأسه مرة وقال هذا وضوء رسول الله

وفي الهداية والذي يروى عنه من التثليث فمحمول عليه بماء واحد وهو مشروع على ما روى الحسن عن أبي حنيفة ا هـ

ولأن التكرار في الغسل لأجل المبالغة في التنظيف ولا يحصل ذلك بالمسح فلا يفيد التكرار فصار كمسح الخف والجبيرة والتيمم وما قلناه أولى لأنه قياس الممسوح على الممسوح وما قال الشافعي قياس الممسوح على المغسول

وفي العناية فإن قيل قد صار البلل مستعملا بالمرة الأولى فكيف يسن إمراره ثانيا وثالثا أجيب بأنه يأخذ حكم الاستعمال لإقامة فرض آخر لإقامة السنة لأنها تبع للفرض ألا ترى أن الاستيعاب يسن بماء واحد وقال الزيلعي تكلموا في كيفية المسح والأظهر أن يضع كفيه وأصابعه على مقدم رأسه ويمدهما إلى القفا على وجه يستوعب جميع الرأس ثم يمسح أذنيه بأصبعيه ولا يكون الماء مستعملا بهذا لأن الاستيعاب بماء واحد لا يكون إلا بهذا الطريق

وما قاله بعضهم من أنه يجافي كفيه تحرزا عن الاستعمال لا يفيد لأنه لا بد من الوضع والمد فإن كان مستعملا بالوضع (((بالموضوع))) الأول فكذا بالثاني فلا يفيد تأخيره ا هـ

قوله (وأذنيه بمائه) أي بماء الرأس

وفي المجتبى يمسحهما بالسبابتين داخلهما وبالإبهامين

". (١)

"يكون سببا وقيل السبب الجنابة ورد أيضا لوجوده في الحيض والنفاس واختار في غاية البيان أن السبب الجنابة أو ما في معناه ليدخل الحيض والنفاس ويرد بما قدمناه في أول الكتاب من أنه يوجد الحدث والجنابة ولا يجب الوضوء والغسل كما إذا كان قبل الوقت فالأولى أن يقال سببه وجوب ما لا يحل مع الجنابة وهذا هو الذي اختاره في فتح القدير

أعلم أن الأمة مجمعة الآن على وجوب الغسل بالجماع وإن لم يكن معه إنزال وعلى وجوبه بالإنزال وكانت جماعة من الصحابة على أنه لا يجب إلا بالإنزال ثم رجع بعضهم وانعقد الإجماع بعد الآخرين وفي الباب حديث إنما الماء من الماء مع حديث أبي بن كعب عن رسول الله في الرجل يأتي أهله ثم لا ينزل قال يغسل ذكره ويتوضأ

وفيه الحديث الآخر إذا جلس بين شعبها الأربع ثم جهدها فقد وجب الغسل وإن لم ينزل قال العلماء العمل على هذا الحديث وإما حديث الماء من الماء فالجمهور من الصحابة ومن بعدهم قالوا إنه منسوخ ويعنون بالنسخ أن الغسل من الجماع بغير إنزال كان ساقطا ثم صار واجبا

وذهب ابن عباس وغيره إلى أنه ليس منسوخا بل المراد به نفي وجوب الغسل بالرؤية في النوم إذا لم ينزل وهذا الحكم باق بلا شك وأما حديث أبي بن كعب ففيه **جوابان** أحدهما أنه منسوخ والثاني أنه محمول على ما إذا باشرها فيما سوى الفرج كذا ذكر النووي في شرح مسلم لكن عندنا يشترط في وجوب الغسل بالإنزال أن يكون انفصال المني عن شهوة وهو ما ذكره بقوله عند مني ذي دفق وشهوة

يقال دفق الماء دفقا صبه صبا فيه دفع وشدة كذا في المغرب

وفي ضياء الحلوم دفق الماء دفقا صبه ودفق الماء دفوقا يتعدى ولا يتعدى

وعبر عنه في الهداية بقوله أنزال المني على وجه الدفق والشهوة والأولى أن يقال نزول المني دون الإنزال لأنه يلزم من النزول الإنزال دون العكس فإن من احتلم أو وجد على فخذه يجب عليه الغسل بلا قصد الإنزال ذكره الهندي

فعلى هذا التقدير يكون ذكر الدفق اشتراطا للخروج من رأس الذكر فإنه يقال دفق الماء دفوقا بمعنى خرج من محله بخلاف دفق دفقا فإنه بمعنى صبه صبا لكن هذا إنما يستقيم على قول أبي يوسف أما عندهما لا يستقيم لأنهما لم يجعلا الدفق شرطا بل تكفي الشهوة حتى قالا بوجوبه إذا زايل المني من مكانه بشهوة وإن خرج بلا دفق كذا في النهاية معراج (((ومعراج))) الدراية وغيرهما

وأجاب عنه في العناية وغاية البيان بأنه لا حصر في كلامه فيستقيم (((فلكي))) غايته يلزم ترك بعض موجباته عندهما في موضع بيانها اه

ولا يخفى ما فيه

---

(١) البحر الرائق، ١/٢٧

ويمكن أن يقال إن المراد بكون الإنزال على وجه الشهوة أن يكون للشهوة دخل في الإنزال سواء كانت مقارنه أو سابقة عليه مقارنه للانفصال

هذا وعبارة المصنف أشد **إشكالا** لأنه يرد عليها ما ورد على عبارة القدوري من أنها لا تشمل مني المرأة لأن ماءها لا يكون دافقا كماء الرجل وإنما ينزل من صدرها إلى فرجها كما ذكره الولوالجي في فتاواه ويرد على عبارة المختصر خاصة التناقض في التركيب لأن اشتراط الدفق يفيد اشتراط خروج المني بشهوة من رأس الذكر وقوله عند انفصاله ينفيه فلو حذف الدفق لكان أولى

". (١)

"ولا يلزم من طهارة عينه طهارة سؤره لنجاسة لحمه ولا يلزم من نجاسة سؤره نجاسة عينه وإنما يلزم من نجاسة سؤرة نجاسة لحمه المتولد منه اللعاب كما صرح به في التجنيس وفتح القدير وغيرهما وسيأتي ايضاحه في الكلام على سؤر السباع

والمذكور في كتب الشافعية كالمهذب أنه لا فرق بين الولوغ ووضع بعض عضوه (((عضو))) في الإناء ولم أر هذا في كتبنا

والذي يقتضيه كلامهم على القول بنجاسة عينه تنجس الماء وعلى القول بطهارة عينه عدم تنجسه أخذا من قولهم إذا ولغ الكلب في البئر كما قدمناه لأن ماء البئر في حكم الماء القليل كماء الآنية كما قدمناه

ولا فرق بين ولوغ كلب أو كلبين في الاكتفاء بالثلاث لأن الثاني لو يوجب تنجسا كما لا يخفى

وإذا ولغ الكلب في طعام فالذي يقتضيه كلامهم أنه إن كان جامدا مور (((قور))) ما حوله وأكل الباقي وإن كان مائعا انتفع به في غير الأبدان كما قدمناه

وأما سؤر الخنزير فلأنه نجس العين لقوله تعالى ﴿ أو لحم خنزير فإنه رجس ﴾ الأنعام ١٤٥ والرجس النجس والضمير عائد (((عائدا))) إليه لقربه وقد بسطنا الكلام فيه في الكلام على جلده

وأما سؤر سباع البهائم فقد قال الشافعي بطهارته محتجا بما رواه البيهقي والدارقطنى عن جابر قال قيل يا رسول الله أنتوضأ بما أفضلت الحمر قال نعم وبما أفضلت السباع كلها

بما (((وبما))) رواه مالك في الموطأ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرج في ركب فيهم عمرو بن العاص حتى وردوا حوضا فقال عمرو بن العاص يا صاحب الحوض هل ترد حوضك السباع فقال عمر بن الخطاب يا صاحب الحوض لا تخبره فإنا نرد على السباع وترد علينا

وبما رواه ابن ماجه عن ابن عمر قال خرج علينا رسول الله في بعض أسفاره (((أسفار))) فسار ليلا فمروا على رجل عند مقراة له فقال عمر يا صاحب المقراة أولغت السباع الليلة في مقراتك فقال عليه السلام يا صاحب المقراة لا تخبره هذا مكلف (((متكلف))) لها ما حملت في بطونها ولنا ما بقي شراب وطهور

---

(١) البحر الرائق، ٥٦/١

ولنا أنه نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع والظاهر من الحرمة مع كونه صالحا للغذاء غير مستقذر طبعا كونه للنجاسة وخبث طباعها لا ينافيه بل ذلك يصلح مثيرا لحكم النجاسة فليكن المثير لها فيجامعها ترتيبا على الوصف الصالح للعلية مقتضاه ولأنه ليس فيه ضرورة وعموم بلوى فيخرج السنور والفأرة ولأن لسانه يلاقي الماء فيخرج سباع الطير لأنه يشرب بمنقاره كما سيأتي

ولم تتعارض أدلته فيخرج البغل والحمار وأما حديث جابر فقد اعترف النووي بضعفه وأما أثر الموطأ فهو وإن صححه البيهقي وذكر أنه مرسل يحتج به على أبي حنيفة فقد ضعفه ابن معين والدارقطني وأما حديث ابن ماجه فقد ضعفه ابن عدي وعلى تسليم الصحة يحمل على الماء الكثير أو على ما قبل تحريم لحوم السباع أو على حمر الوحش (((الوحوش))) وسباع الطير بدليل ما تمسكوا به من حديث القلتين فإنه قال إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا **جوابا** لسؤاله عن الماء يكون في الفلاة وما ينوبه من السباع اعطاء لحكم هذا الماء الذي ترده السباع وغيره فإن **الجواب** لا بد أن يطابق أو يزيد فيندرج فيه المسؤول (((المسئول))) عنه وغيره وقد قال بمفهوم شرطه فنجس ما دون القلتين وإن لم يتغير وحقيقة مفهوم شرطه أنه إذا لم يبلغها يتنجس من ورود السباع وهذا من الوجوه الإلزامية له

قال الزيلعي رحمه الله ثم اعلم أن في مذهب أصحابنا في سؤر ما لا يؤكل لحمه من السباع **إشكالا** فإنهم يقولون لأنه متولد من لحم نجس ثم يقولون إذا ذكى طهر لحمه لأن نجاسته لأجل رطوبة الدم وقد خرج بالذكاة فإن كانوا يعنون بقولهم نجس عينه وجب أن لا يطهر بالذكاة كالخنزير وإن كانوا يعنون به لأجل مجاورة الدم فالمأكول كذلك يجاوره الدم فمن أين جاء الاختلاف بينهما في السؤر إذا كان كل واحد منها يطهر بالذكاة ويتنجس بموته حتف أنفه ولا فرق بينهما إلا في المذكي في حق الأكل والحرمة لا توجب النجاسة وكم من طاهر لا يحل أكله ومن ثم قال بعضهم لا يطهر بالذكاة

---

(١) ".

"إلا جلده لأن حرمة لحمه لا لكرامته آية نجاسته لكن بين الجلد واللحم جلدة رقيقة تمنع تنجس الجلد باللحم وهذا هو الصحيح لأن لا وجه لنجاسة السؤر إلا بهذا الطريق أه

وقد ذكر في العناية حاصل هذا **الإشكال** وذكر أنها نكتة لا بأس بالتنبيه عليها ثم قال وحلما (((وحلها))) أن المراد باللحم الطاهر المتولد منه اللعاب ما يحل أكله بعد الذبح وبالنجس ما يقابله وهذا لأنهما اشتركا في النجاسة المجاورة بالدم المسفوح قبل الذبح فإن الشاة لا تؤكل إذا ماتت حتف أنفها واشتركا في الطهارة بعده لزوال المنجس وهو الدم فلا فرق بينهما إلا أن الشاة تؤكل بعد الذبح دون الكلب ولا فرق بينهما أيضا في الظاهر إلا اختلاط اللعاب المتولد من اللحم

فعلم من هذا أن اللعاب المتولد من لحم مأكول بعد الذبح طاهر بلا كراهة دون غيره إضافة للحكم إلى الفارق صيانة لحكم الشرع عن المناقضة ظاهرا

هذا ما سنح لي أه

---

(١) البحر الرائق، ١٣٦/١

ولا يخفى ما في هذا **الجواب** فإن قول الزيلعي والحرمة لا توجب النجاسة يرده بل **الجواب** الصحيح ما في شرح الوقاية وهو أن الحرمة إذا لم تكن للكرامة فإنها آية النجاسة لكن فيه شبهة أن النجاسة لاختلاط الدم باللحم إذ لولا ذلك بل نجاسته لذاته لكان نجس العين وليس كذلك فغير مأكول اللحم إذا كان حيا فلعابه متولد من اللحم الحرام المخلوط بالدم فيكون نجسا لاجتماع الأمرين أما في مأكول اللحم فلم يوجد إلا أحدهما وهو الاختلاط بالدم فلم يوجب نجاسة السؤر لأن هذه العلة بانفرادها ضعيفة إذ الدم المستقر في موضعه لم يعط له حكم النجاسة في الحي

وإذا لم يكن حيا فإن لم يكن مذكى كان نجسا سواء كان مأكول اللحم أو غيره لأنه صار حراما بالموت فالحرمة موجودة مع اختلاط الدم فيكون نجسا فإذا كان مذكى كان طاهرا أما في مأكول اللحم فلأنه لم توجد الحرمة ولا اختلاط الدم وأما في غير مأكول اللحم فلأنه لم يوجد الاختلاط والحرمة المجردة غير كافية في النجاسة على ما مر أنها تثبت باجتماع الأمرين أه

فحاصله أن نجاسة اللحم لحرمته مع اختلاط الدم المسفوح به وقد فقد الثاني في المذكى من السباع فكان طاهرا واجتمعا في حالتي الموت والحياة فكان نجسا وفقد الأول في الشاة حالة الحياة والذكاة فكان طاهرا واجتمعا حالة الموت فكان نجسا

فظهر من هذا كله إن طهارة العين لا تستلزم طهارة اللحم لأن السباع طاهرة العين باتفاق اصحابنا كما نقله بعضهم مع أن لحمها نجس فثبت بهذا ما قدمناه من أن الكلب طاهر العين ولحمه نجس ونجاسة سؤره لنجاسة لحمه

لكن بقي ههنا كلام وهو أن قولهم بين الجلد واللحم جلدة رقيقة تمنع تنجس الجلد باللحم مشكل فإنه يقتضي طهارة الجلد من غير توقف على الذكاة أو الدباغة كما لا يخفى

وفي مبسوط شيخ الإسلام ذكر محمد نجاسة سؤر السباع ولم يبين أنها خفيفة أم غليظة فعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول غليظة وعن أبي يوسف أن سؤر ما لا يؤكل لحمه كبول ما يؤكل لحمه

كذا في معراج الدراية

ومما سيأتي في سبب التغليظ والتخفيف يظهر وجه كل من الروايتين فالذي يظهر ترجيح الأولى لما عرف من أصله

قوله (والهرة والدجاجة المخلاة وسباع الطير وسواكن البيوت مكروه) أي سؤر هذه الأشياء مكروه

وفي التبيين وإعرابه بالرفع أجود على ما تقدم

قال المصنف في المستصفى ويعني من السؤر المكروه أنه طاهر لكن الأولى أن يتوضأ بغيره أه

واعلم أن المكروه إذا أطلق في كلامهم فالمراد منه التحريم إلا أن ينص على كراهة التنزيه فقد قال المصنف في المستصفى لفظ الكراهة عند الإطلاق يراد بها التحريم

قال أبو يوسف قال (((قلت))) لأبي حنيفة رحمه الله إذا قلت في شيء أكره فما رأيك فيه قال التحريم أه

وقد صرحوا بالخلاف في كراهة سؤر الهرة فمنهم كالطحاوي من مال إلى أنها كراهة تحريم نظرا (((نظر))) إلى حرمة لحمها ومنهم كالكرخي من مال إلى كراهة التنزيه نظرا إلى أنها لا تتحامى النجاسة

قالوا وهو الأصح وهو ظاهر ما في الأصل فإنه قال وإن توضأ بغيره أحب

---

(١) ".

"الحديث في الهرة موجودة بعينها في سواكن البيوت وهي الطواف (((الطوف))) فيثبت ذلك الحكم المترتب عليها وهو سقوط النجاسة وتثبت الكراهة لتوهمها

فرع تكره الصلاة مع حمل ما سؤره مكروه كالهرة كذا في التوشيح

نكتة (((نكتة))) قيل ست تورث النسيان سؤر الفأرة وإلقاء القملة وهي حية والبول في الماء الراكد وقطع القطار ومضغ العلك وأكل التفاح

ومنهم من ذكره حديثا لكن قال أبو الفرج بن الجوزي إنه حديث موضوع

قوله (والحمار والبغل مشكوك) أي سؤرهما مشكوك فيه

هذه عبارة أكثر مشايخنا وأبو طاهر الدباس أنكر أن يكون شيء من أحكام الله تعالى مشكوكا فيه

وقال سؤر الحمار طاهر لو غمس فيه الثوب جازت الصلاة معه إلا أنه محتاط فيه فأمر بالجمع بينه وبين التيمم ومنع منه حالة القدرة والمشايخ قالوا المراد بالشك التوقف لتعارض الأدلة لا أن يعني بكونه مشكوكا الجهل بحكم الشرع لأن حكمه معلوم وهو وجوب الاستعمال وانتفاء النجاسة وضم التيمم إليه والقول بالتوقف عند تعارض الأدلة دليل العلم وغاية الورع وبيان التعارض على ما في المبسوط تعارض الأخبار في أكل لحمه فإنه روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر

وروى غالب بن أبجر قال لم يبق لي مال إلا حميرات فقال عليه السلام كل من سمين مالك

قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه وهذا لا يقوى لأن لحمه حرام بلا إشكال لأنه اجتمع المحرم والمبيح فغلب المحرم على المبيح كما لو أخبر عدل بأن هذا اللحم ذبيحة مجوسي والآخر أنه ذبيحة مسلم لا يحل أكله لغلبة الحرمة فكان لحمه حراما بلا إشكال ولعابه متولد منه فيكون نجسا بلا إشكال

وقيل سبب الإشكال اختلاف الصحابة فإنه روي عن ابن عمر أنه كان يكره التوضؤ بسؤر الحمار والبغل

وعن ابن عباس أنه قال الحمار يعلف القت والتبن فسؤره طاهر

قال شيخ الإسلام وهذا لا يقوى أيضا لأن الاختلاف في طهارة الماء ونجاسته لا يوجب الإشكال كما في إناء أخبر عدل أنه طاهر وآخر أنه نجس فالماء لا يصير مشكلا وقد استوى الخبران وبقي العبرة للأصل (((بالأصل))) فكذا هاهنا ولكن الأصح في التمسك أن دليل الشك هو التردد في الضرورة فإن الحمار يربط في الدور والأفنية فيشرب من الأواني وللضرورة أثر في إسقاط النجاسة كما في الهرة والفأرة إلا أن الضرورة في الحمار دون الضرورة فيهما لدخولهما مضايق البيت بخلاف الحمار ولو لم تكن الضرورة ثابتة أصلا كما في الكلب والسباع لوجب الحكم بالنجاسة بلا إشكال

---

(١) البحر الرائق، ١/١٣٧

ولو كانت الضرورة مثل الضرورة فيهما لوجب الحكم بإسقاط النجاسة فلما ثبتت الضرورة من وجه دون وجه واستوى ما يوجب النجاسة والطهارة تساقطا للتعارض فوجب المصير إلى الأصل والأصل هاهنا شيئان الطهارة في جانب الماء والنجاسة في جانب اللعاب لأن لعابه نجس كما بينا وليس أحدهما بأولى من الآخر فبقي الأمر مشكلا نجسا من وجه طاهرا من وجه فكان **الإشكال** عند علمائنا بهذا الطريق لا **للإشكال** في لحمه ولا لاختلاف الصحابة في سؤره

وبهذا التقرير يندفع كثير من الأسئلة منها أن المحرم والمبيح إذا اجتمعا يغلب المحرم احتياطا **وجوابه** أن القول بالاحتياط إنما يكون في ترجيح الحرمة في غير هذا الموضع أما هاهنا الاحتياط في إثبات الشك لأنا إن رجحنا الحرمة للإحتياط يلزم ترك العمل بالاحتياط لأنه حينئذ لا يجوز استعمال سؤر الحمار مع احتمال كونه مطهرا باعتبار الشك فكان متيمما عند وجود الماء في أحد الوجهين وذلك حرام فلا يكون عملا بالاحتياط ولا بالمباح وما قيل إن في تغليب الحرمة تقليل النسخ فذلك في تعارض النصين لا في الضرورة

ومنها أن يقال لما وقع التعارض في سؤره وجب المصير إلى الخلف وهو التيمم كمن له إناآن (((إناءان))) أحدهما طاهر والآخر نجس فاشتبه عليه فإنه يسقط استعمال الماء ويجب التيمم فكذا

". (١)

"ههنا

قلنا الماء ههنا طاهر لما ذكرنا أن قضية الشك أن يبقى كل واحد على حاله ولم يزل الحدث لأنه لما كان ثابتا بيقين فيبقى إلى أن يوجد المزيل بيقين والماء طاهر ووقع الشك في طهوريته فلا يسقط استعماله بالشك بخلاف الإناءين فإن أحدهما نجس يقينا والآخر طاهر يقينا لكنه عجز عن استعماله لعدم علمه (((عمله))) فيصار إلى الخلف

ومنها أن التعارض لا يوجب الشك كما في إخبار عدلين بالطهارة والنجاسة حيث يتوضأ بلا تيمم

قلنا في تعارض الخبرين وجب تساقطهما فرجحنا كون الماء مطهرا باستصحاب الحال والماء كان مطهرا قبله وههنا تعارض جهتا الضرورة فتساقطتا فأبقينا (((فأيقنا))) ما كان على ما كان أيضا إلا أن ههنا ما كان ثابتا على حاله قبل التعارض شيئان جانب الماء وجانب اللعاب وليس أحدهما بأولى من الآخر فوجب الشك

ومنها ما قيل في استعمال الماء ترك العمل بالاحتياط من وجه آخر لأنه إن كان نجسا فقد تنجس العضو قلنا أما على القول بأن الشك في الطهورية فظاهر وأما على القول المرجوح من أن الشك في كونه طاهرا **فالجواب** أن العضو طاهر بيقين فلا يتنجس بالشك والحدث ثابت بيقين فلا يزول بالشك فيجب ضم التيمم إليه

كذا في معراج الدراية وغيره

وفي الكافي ولم يتعارض الخبر أن في سؤر الهرة إذ قوله الهرة سبع لا يقتضي نجاسة السؤر لما قدمنا أه

(١) البحر الرائق، ١٤٠/١

ثم اختلف مشايخنا فقيل الشك في طهارته وقيل في طهوريته وقيل فيهما جميعا والأصح أنه في طهوريته وهو قول الجمهور

كذا في الكافي

هذا مع اتفاقهم أنه على ظاهر الرواية لا ينجس الثوب والبدن والماء ولا يرفع الحدث فلهذا قال في كشف الأسرار شرح أصول فخر الإسلام إن الاختلاف لفظي لأن من قال الشك في طهوريته لا في طهارته أراد أن الطاهر لا يتنجس به ووجب الجمع بينه وبين التراب لا أن ليس في طهارته شك أصلا لأن الشك في طهوريته إنما نشأ من الشك في طهارته لتعارض الأدلة في طهارته ونجاسته أه

وبهذا التقرير علم ضعف ما استدل به في الهداية لقول من قال الشك في طهوريته بأنه لو وجد الماء المطلق لا يجب عليه غسل رأسه فإن وجوب غسله إنما يثبت بتيقن النجاسة والثابت الشك فيها فلا يتنجس الرأس بالشك فلا يجب

وعلم أيضا ضعف ما في فتاوى قاضيخان تفريعا على كون الشك في طهارته أنه لو وقع في الماء القليل أفسده لأنه لا إفساد بالشك وفي المحيط تفريعا على الشك في طهوريته أنه لو وقع في الماء يجوز التوضؤ به ما لم يغلب عليه لأنه طاهر غير طهور كالماء المستعمل عند محمد اه

وكان الوجه أن يقول ما لم يساوه لما علمته في مسألة الفساقي وقد قدمنا حكم عرقه

وأما لبنها فاختار في الهداية أنه طاهر ولا يؤكل وصححه في منية المصلي وبه اندفع ما في النهاية أنه لم يرجحه أحد وعن البزدوي أنه يعتبر فيه الكثير الفاحش وصححه التمرتاشي وصحح بعضهم أنه نجس نجاسة غليظة

وفي المحيط إنه نجس في ظاهر الرواية ومقتضى القول بطهارته القول بحل أكله وشربه يدل (((ويدل))) عليه ما في المبسوط قيل لمحمد لم قلت بطهارة بول ما يؤكل لحمه ولم تقل بطهارة روثه قال لما قلت بطهارة بوله أبحت شربه ولو قلت بطهارة روثه لأبحت أكله وأحد لا (((أحد))) يقول بها اه

فإن ظاهره أن الطهارة والحل متلازمان يلزم من القول بأحدهما القول بالآخر

ومن المشايخ من قال بنجاسة سؤر الحمار دون الأتان لأن الحمار ينجس فمه بشم البول وفي البدائع وهذا غير سديد لأنه أمر موهوم لا يغلب وجوده فلا يؤثر في إزالة الثابت وقال قاضيخان والأصح أنه لا فرق بينهما ولما ثبت الحكم في الحمار ثبت في البغل لأنه من نسله فيكون بمنزلته

قال الزيلعي هذا إذا كانت أمه أتانا فظاهر لأن الأم هي المعتبرة في الحكم وإن كانت فرسا ففيه **إشكال** لما ذكرنا أن العبرة للأم ألا ترى أن الذئب لو نزا على شاة فولدت ذئبا حل أكله ويجزئ في الأضحية فكان ينبغي أن

---

(١) ".

"يكون مأكولا عندهما وطاهرا عند أبي حنيفة اعتبار اللام (((للأم)))

---

(١) البحر الرائق، ١٤١/١

وفي الغاية إذا نزا الحمار على الرمكة لا يكره لحم البغل المتولد منهما عند محمد فعلى هذا لا يصير سؤره مشكوكا اه

والرمكة هي (((الرمكة))) الفرس وهي البرذونة تتخذ للنسل

كذا في المغرب

ويمكن **الجواب** عن **الإشكال** بأن البغل لما كان متولدا من الحمار والفرس فصار سؤره كسؤر فرس اختلط بسؤر الحمار فصار مشكوكا

ذكره في معراج الدراية وغيره وذكر مسكين في شرح الكتاب سؤالا فقال فإن قلت أين ذهب قولك الولد يتبع الأم في الحل والحرمة قلت ذلك إذا لم يغلب شبهه بالأب أما إذا غلب شبهه فلا أه

وبهذا سقط أيضا **إشكال** الزيلعي كما لا يخفى

وقال جمال الدين الرازي شارح الكتاب البغال أربعة بغل يؤكل بالإجماع وهو المتولد من حمار وحشي وبقرة وبغل لا يؤكل بالإجماع وهو المتولد من أتان أهلي وفحل وبغل يؤكل عندهما وهو المتولد من المتولد من فحل وأتان حمار وحشي وبغل ينبغي أن يؤكل عندهما وهو المتولد من رمكة وحمار أهلي أه

وفي النوازل لا يحل شرب ما شرب منه الحمار

وقال ابن مقاتل لا بأس به

قال الفقيه أبو الليث هذا خلاف قول أصحابنا ولو أخذ إنسان بهذا القول أرجو أن لا يكون به بأس والاحتياط أن لا يشرب

كذا في فتح القدير

وفرع في المحيط على كون سؤر الحمار مشكوكا ما لو اغتسلت بسؤر الحمار تنقطع الرجعة ولا تحل للأزواج لأنه مشكوك فيه فإن كان طاهرا فلا رجعة وإن كان نجسا لم يكن مطهرا فله الرجعة فإذا احتمل انقطعت احتياطا ولا تحل لغيره احتياطا اه

قوله (توضأ به وتيمم إن فقد ماء) أي توضأ بسؤرهما وتيمم إن لم يجد ماء مطلقا يعني يجمع بينهما والمراد بالجمع أن لا تخلو الصلاة الواحدة عنهما وإن لم يوجد الجمع في حالة واحدة حتى لو توضأ بسؤر الحمار وصلى ثم أحدث وتيمم وصلى تلك الصلاة أيضا جاز لأنه جمع بين الوضوء والتيمم في حق صلاة واحدة وهو الصحيح

كذا في فتاوى قاضيخان

فأفاد أن فيها اختلافا

وفي الجامع الصغير للمحبوبي وعن نصير بن يحيي في رجل لم يجد إلا سؤر الحمار قال يهريق ذلك السؤر حتى يصير عادما للماء ثم يتيمم

فعرض قوله هذا على القاسم الصفار فقال هو قول جيد

وذكر محمد في نوادر الصلاة لو توضأ بسؤر الحمار وتيمم ثم أصاب ماء نظيفا ولم يتوضأ به حتى ذهب الماء ومعه سؤر الحمار فعليه إعادة التيمم وليس عليه إعادة الوضوء بسؤر الحمار لأنه إذا كان مطهرا فقد توضأ به وإن كان نجسا فليس عليه الوضوء لا في المرة الأولى ولا في الثانية

كذا في النهاية

وفي الخلاصة ولو تيمم وصلى ثم أراق سؤر الحمار يلزمه إعادة التيمم والصلاة لأنه يحتمل (((يتحمل))) أن سؤر الحمار كان طهورا أه

فإن قيل هذا الطريق يستلزم أداء الصلاة بغير طهارة في إحدى المرتين لا محالة وهو مستلزم للكفر لتأديه إلى الاستخفاف بالدين فينبغي أن لا يجوز ويجب الجمع في أداء واحد قلنا ذلك فيما أدى بغير طهارة بيقين فأما إذا كان أداؤه بطهارة من وجه فلا لانتفاء الاستخفاف لأنه عمل بالشرع من وجه وههنا كذلك لأن كل واحد من السؤر والتراب مطهر من وجه دون وجه فلا يكون الأداء بغير طهارة من كل وجه فلا يلزم منه الكفر كما لو صلى حنفي بعد الفصد أو الحجامة لا تجوز صلاته ولا يكفر لمكان الاختلاف وهذا أولى بخلاف ما لو صلى بعد البول

كذا في معراج الدراية

قوله (وأيا قدم صح) أي من المذكورين وهما الوضوء والتيمم أيا بدأ به جاز حتى لو توضأ ثم تيمم جاز بالاتفاق وإن عكس جاز عندنا خلافا لزفر لأنه لا يجوز المصير إلى التيمم مع وجود ماء هو واجب الاستعمال فصار كالماء المطلق

ولنا وهو الأصح أن الماء إن كان طهروا (((طهورا))) فلا معنى للتيمم تقدم أو تأخر وإن لم يكن طهورا فالمطهر هو التيمم تقدم أو تأخر ووجود هذا الماء وعدمه بمنزلة واحدة وإنما (((وإما))) يجمع بينهما لعدم العلم بالمطهر نهما عينا فكان الاحتياط في الجمع دون

." (١)

"المصنف إلى أنه لا يزيد على الاستفتاح فلا يأتي بدعاء التوجه وهو وجهت وجهي لا قبل الشروع ولا بعده هو الصحيح المعتمد

ونص في البدائع على أن عن أبي يوسف روايتين في رواية يقدم التسبيح على التوجه وصححه الزاهدي وفي رواية إن شاء قدمه وإن شاء أخره وقد روى البيهقي عن جابر مرفوعا أنه كان يجمع بينهما وهو محمول على النافلة لأن مبناها على التوسع ويدفعه ما رواه ابن حبان في صحيحه كان إذا قام للصلاة المكتوبة يجمع بينهما

ومنهم من أجاب بأن ذلك كان في أول الأمر ويدل عليه أن عمر رضي الله عنه جهر بالتسبيح فقط ليقتدي (((لتقتدي))) الناس به ويتعلموه فهو ظاهر في أنه وحده هو الذي كان عليه النبي آخر الأمر في الفرائض

وفي منية المصلي وإذا زاد وجل ثناؤك لا يمنع وإن سكت لا يؤمر به

---

(١) البحر الرائق، ١٤٢/١

وفي الكافي إنه لم ينقل في المشاهير

وفي البدائع إن ظاهر الرواية الاقتصار على المشهور (((المشهود)))

فالحاصل أن الأولى تركه في كل صلاة نظرا إلى المحافظة على المروي من غير زيادة عليه في خصوص هذا المحل وإن كان ثناء على الله تعالى

ثم اعلم أنه يقول في دعاء التوجه وأنا من المسلمين ولو قال وأنا أول المسلمين اختلف المشايخ في فساد صلاته والأصح عدم الفساد وينبغي أن لا يكون فيه خلاف لما ثبت في صحيح مسلم من الروايتين بكل منهما

وتعليل الفساد بأنه كذب مردود بأنه إنما يكون كذبا إذا كان مخبرا عن نفسه لا تاليا وإذا كان مخبرا فالفساد عند الكل

قوله (وتعوذ سرا) أي قال المصلي أعوذ بالله من الشيطان الرجيم وهو اختيار أبي عمر وعاصم وابن كثير وهو المختار عندنا وهو قول الأكثر من أصحابنا لأنه المنقول من استعاذته وبهذا يضعف ما اختاره في الهداية من أن الأولى أن يقول أستعيذ بالله ليوافق القرآن يعني لأن المذكور فيه فاستعذ بصيغة الأمر من الاستعاذة وأستعيذ مضارعها فيتوافقان بخلاف أعوذ فإنه من العوذ لا من الاستعاذة **وجوابه** كما في فتح القدير أن لفظ استعذ طلب العوذ وقوله أعوذ مثال مطابق لمقتضاه أما قربه من لفظه فمهدر

وفي البدائع ولا ينبغي أن يزيد عليه أن الله هو السميع العليم يعني كما هو اختيار نافع وابن عامر والكسائي لأن هذه الزيادة من باب الثناء وما بعد التعوذ محل القراءة لا محل الثناء وقد قدم المصنف أنه سنة لقوله تعالى ﴿ فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم ﴾ النحل ٩٨ أي إذا أردت قراءة القرآن فأطلق المسبب على السبب

وإنما لم يكن واجبا لظاهر الأمر لأن السلف أجمعوا على سنيته كما نقله المصنف في الكافي ولم يعين سند الإجماع الذي هو الصارف للأمر عن ظاهره وعلى القول بأنه لا يحتاج إلى سند بل يجوز أن يخلق الله لهم علما ضروريا يستفيدون به الحكم فلا **إشكال**

وروى ابن أبي شيبة عن إبراهيم النخعي عن ابن مسعود أربع يخفيهن الإمام التعوذ والتسمية وآمين وربنا لك الحمد

فقوله سرا عائد إلى الاستفتاح والتعوذ قوله (للقراءة فيأتي به المسبوق لا المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيدين) يعني أن التعوذ سنة القراءة فيأتي به كل قارىء للقرآن لأنه شرع لها صيانة عن وساوس الشيطان فكان تبعا لها وهو قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هو تبع للثناء

وفائدة الخلاف في ثلاث مسائل إحداها أنه لا يأتي به المقتدي عندهما لأنه لا قراءة عليه ويأتي به عنده لأنه يأتي بالثناء

ثانيها أن الإمام يأتي بالتعوذ بعد تكبيرات الزوائد في الركعة الأولى عندهما ويأتي به الإمام والمقتدي بعد الثناء قبل التكبيرات عنده

ثالثها أن المسبوق لا يأتي به للحال ويأتي به إذا قام إلى

" .(١)

"في آخره بمرة

وعن أبي يوسف لو أعطي نصف صاع من برعن (((بر))) عن يوم واحد لمساكين يجوز

قالالحسن وبه نأخذ وإن أعطى مسكينا عن يومين فعن أبي يوسف روايتان

وعند أبي حنيفة لا يجزئه كالإطعام في كفارة اليمين

وفي الفتاوي الظهيرية استشهادا لكون البدل لا بدل له

وذكر الصدر الشهيد إذا كان جميع رأسه مجروحا فربط الجبيرة لم يجب عليه أن يمسح هنا أصل منصوص عليه لا بدل عن غيره ا هـ

قوله (وللمتطوع بغير عذر في رواية ويقضي) أي له الفطر بعذر وبغيره وإذا أفطر قضى إن كان نفلا قصديا وهذه الرواية عن أبي يوسف وظاهر الرواية أنه ليس له الفطر إلا من عذر

وصححه في المحيط

وإنما اقتصر على هذه الرواية لأنها أرجح من جهة الدليل ولهذا اختارها المحقق في فتح القدير وقال إن الأدلة (((الدلالة))) تظافرت (((تضافرت))) عليها وهي أوجه

ثم اختلف المشايخ على ظاهر الرواية هل الضيافة عذر أو لا قيل نعم وقيل لا وقيل عذر قبل الزوال لا بعده إلا إذا كان في عدم الفطر بعده عقوق لأحد الوالدين لا غيرهما حتى لو حلف عليه رجل بالطلاق الثلاث ليفطرن لا يفطر

وقيل إن كان صاحب الطعام يرضى بمجرد حضوره وإن لم يأكل لا يباح الفطر وإن كان يتأذى بذلك يفطر

كذا في فتح القدير

ولم يصحح شيئا كما ترى

وفي الكافي والأظهر أنها عذر

وصحح قاضيخان في شرح الجامع الصغير من أحكام الخلوة أن الضيافة عذر

وفي الفتاوي الظهيرية قالوا والصحيح من المذهب أنه ينظر في ذلك إن كان صاحب الدعوة ممن يرضى بمجرد حضوره ولا يتأذى بترك الإفطار لا يفطر

وقال شمس الأئمة الحلواني أحسن ما قيل في هذا الباب أنه إن كان يثق من نفسه القضاء يفطر دفعا للأذى عن أخيه المسلم وإن كان لا يثق لا يفطر وإن كان في ترك الإفطار أذى أخيه المسلم

وفي مسألة اليمين يجب أن يكون **الجواب** على هذا التفصيل ا هـ

وفي موضع آخر منها وإن كان صائما عن قضاء رمضان يكره له أن يفطر لأن له حكم رمضان ا هـ

---

(١) البحر الرائق، ١/٣٢٨

ولهذا لا يفطر لو حلف رجل بالطلاق ليفطرن كذا في المحيط

وفي النهاية الأظهر أن الضيافة عذر

وفي البزازية لو حلف بطلاق امرأته إن لم يفطر أن نفلا أفطر وإن قضاء لا والاعتماد على أنه يفطر فيهما ولا يحنثه

وإذا قلنا بأن الضيافة عذر في التطوع تكون عذرا في حق الضيف والمضيف

كذا في شرح الوقاية

وأطلق في قضاء التطوع فشمل ما إذا كان فطره عن قصد أو لا بأن عرض الحيض للصائمة المتطوعة في أصح الروايتين

كذا في النهاية

وقيدنا النفل بكونه قصديا لأنه لو شرع على ظن أنه عليه ثم علم أنه لا شيء عليه كان متطوعا والأحسن أن يتمه فإن أفطر لا قضاء عليه

كذا في المحيط وغيره

وقيده صاحب الهداية في التجنيس بأن لا يمضي عليه ساعة من حين ظهر بأن لا شيء عليه فإن مضى ساعة ثم أفطر فعليه القضاء لأنه لما مضى عليه ساعة صار كأنه نوى في هذه الساعة فإن (((فإذا))) كان قبل الزوال صار شارعا في صوم التطوع فيجب عليه ثم قال إذا نوى الصوم للقضاء بعد طلوع الفجر حتى لا تصبح (((تصح))) نيته عن القضاء يصير صائما وإن أفطر يلزمه القضاء كما إذا نوى التطوع ابتداء وهذه ترد **إشكالا** على مسألة المظنون ا ه

وقد تقدم الكلام عليه عند قوله وما بقي لم يجز إلا بنية معينة

وفي البدائع إذا شرع في صوم الكفارة ثم أيسر في خلاله لا قضاء عليه

وفي الفتاوي الظهيرية ويكره للعبد أو للأجير أو للمرأة أن يتطوع بالصوم إلا أن يأذن من له حق فيه ومن له الحق له أن يفطره

وفي الولوالجية وابنة الرجل وقرابته تتطوع بدون إذنه لأنه لا يفوت حقه ا ه

وقيد في المحيط والولوالجية كراهة صوم المرأة بأن يضر بالزوج أما إذا كان لا يضره بأن كان صائما أو مريضا فلها أن تصوم وليس له منعها لأنه ليس فيه إبطال حقه بخلاف العبد والمدبر وأم

---

(١) ".

"الشحنة ما في القنية ولم يتعقبه ويدل على **الإشكال** عكسه المتقدم وهو ما إذا كان الطلاق على مال بعد البائن فإنه يقع

---

(١) البحر الرائق، ٢/٣٠٩

قوله (لا البائن) أي البائن لا يلحق البائن إذا أمكن جعله خبرا عن الأول لصدقه فلا حاجة إلى جعله إنشاء ولا يرد أنت طالق أنت طالق لأنه لا احتمال فيه لتعينه للإنشاء شرعا حتى لو قال أردت به الإخبار لا يصدق قضاء والمراد بالبائن الذي لا يلحق البائن الكناية المفيدة للبينونة بكل لفظ كان لأنه هو الذي ليس ظاهرا في الإنشاء في الطلاق كما أوضحه في فتح القدير

ولذا قال في الخلاصة لو قال لها بعد البينونة خلعتك ونوى به الطلاق لا يقع به شيء

وفي الحاوي القدسي إذا طلق المبانة في العدة فإن كان بصريح الطلاق وقع ولا يقع بكنايات الطلاق شيء وإن نوى ا هـ

ومراده ما عدا الرواجع ولكن يشكل عليه ما في الخلاصة من الجنس السادس من بدل الخلع لو طلقها بمال ثم خلعها في العدة لم يصح فإن هذا بائن لحق صريحا وإن كان بائنا كما قدمناه

فمقتضى ما قدمناه صحة الخلع ولا مخلص إلا بكون المراد بعدم صحته عدم لزوم المال والدليل عليه أن صاحب الخلاصة صرح في عكسه وهو ما إذا طلقها بمال بعد الخلع أنه يقع ولا يجب المال ولا فرق بينهما كما لا يخفى

ثم اعلم أن المال وإن لم يلزم فلا بد في الوقوع من قبولها لما في البزازية قال لها بعد الخلع أنت طالق على ألف لا يقع إلا بقبولها وإن كان المال لا يلزمها وهذه مسألة الجامع وهي رواية في واقعة الفتاوى خالعها مرتين ثم قال (((قالت))) في عدة الثاني بقي لي طلاق واحد اشتريته منك بعشرة دنانير حتى تكمل الثلاث فقال الزوج بعت الطلاق الثالث منك بعشرة يقع الثالث ولا يجب المال لأنه إعطاء المال لتحصيل الخلاص المنجز وأنه حاصل وأما اشتراط قبولها في أول المسألة فلأن قوله أنت طالق على ألف تعليق طلاقها بالقبول فلا يقع بلا وجود الشرط ا هـ

وشمل كلامه ما لو قال للمبانة أبنتك بتطليقة فإنه لا يقع بخلاف أنت طالق بائن كما في البزازية

وفرق في الذخيرة بينهما بأن (((بأنا))) إذا ألغينا بائنا يبقى قوله طالق وبه يقع ولو ألغينا أبنتك يبقى قوله بتطليقة وهو غير مفيد

وقيدنا بإمكان كونه خبرا عن الأول لأنه لو لم يمكن بأن نوى بالبائن الثاني البينونة الغليظة قيل يصدق فيما نوى ويقع الثلاث لأنها محل البينونة والحرمة الغليظة وقيل لا يصدق لأن التغليظ صفة للبينونة فإذا ألغت (((لغت))) النية في أصل البينونة لكونها حاصلة لغت في إثبات وصف التغليظ

كذا في المحيط

واقتصر الشارحون على الوقوع لكن بصيغة ينبغي فكان الوقوع هو المعتمد

وفي البزازية لو قال للمبانة أبنتك أخرى يقع لأنه لا يصلح **جوابا** ا هـ

أي لا يصلح كونه خبرا عن الأول

وفي القنية لو قال لها أنت بائن ثم قال في عدتها أنت بائن بتطليقة أخرى يقع ا هـ

وينبغي أنه إذا أبانها ثم قال لها أنت بائن ناويا طلقة ثانية أن تقع الثانية بنيته لأنه بنيته لا يصلح خبرا (((خيرا))) فهو كما لو قال أبنتك بأخرى

---

(١) ".

"بأس بسوق عبارته بتمامها قال ولو قال إن شاء الله أنت طالق لا تطلق في قول أبي يوسف وتطلق في قول محمد والفتوى على قول أبي يوسف وكذا لو قال إن شاء الله وأنت طالق ثم اختلف أبو يوسف ومحمد أن الطلاق المقرون بالاستثناء في موضع يصح الاستثناء هل يكون يمينا قال أبو (((أبو))) يوسف يكون يمينا حتى لو قال إن حلفت بطلاقك فعبدي حر ثم قال لها أنت طالق إن شاء الله حتى يصح الاستثناء حنث في قول أبي يوسف

وقال محمد لا يكون يمينا ولا يحنث

وعلى هذا لو قال لامرأته أنت طالق إن دخلت الدار وعبده حر إن كلمت فلانا إن شاء الله تعالى على قول محمد ينصرف الاستثناء إلى الطلاق والعتاق جميعا وعلى قول أبي يوسف ينصرف الاستثناء إلى اليمين الثانية اه

فقد ظهر بهذا أن أبا يوسف قائل بأنها يمين لا إبطال وأن على القول بالتعليق لا يقع الطلاق فيما إذا قدم الشرط ولم يأت بالفاء في الجزاء كما في شرح المجمع لا أنه يقع على القول به وأن شارح المجمع قد غلط كما توهمه في فتح القدير وأن أبا يوسف القائل بعدم الوقوع في الأولى قائل بالوقوع في الثانية وأن الفتوى على قوله في المسألتين

فتحصل من هذا أن الفتوى على أنه تعليق لا إبطال ولكن فيه **إشكال** وهو أن مقتضى التعليق الوقوع عند عدم الفاء لعدم الرابط ومما يظهر فيه ثمرة الخلاف ما لو قال كنت طلقتك أمس إن شاء الله فعندهما (((عندهما))) لا يقع وعند أبي يوسف يقع كذا في المحيط

فثمرة الخلاف تظهر في هذه وفيما إذا أخر **الجواب** ولم يأت بالفاء أو أتى بالواو وحلف أن لا يحلف أو تعقب جملا

وقيد بموتها لأنه إذا مات الزوج قبل الاستثناء وهو يريده يقع الطلاق وتعلم إرادته بأن ذكر لآخر قصده قبل التلفظ بالطلاق

والفرق بين موتها وموته أن الاستثناء (((بالاستثناء))) خرج الكلام من أن يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف موته لأنه لم يتصل به الاستثناء كذا في الهداية

وفي البزازية لو قال أنت طالق إن شاء الله أنت طالق فالاستثناء ينصرف إلى الأول ويقع الثاني عندنا خلافا لزفر فإنه ينصرف إليهما عنده ولا يقع شيء وكذا لو قال أنت طالق ثلاثا إن شاء الله أنت طالق وقعت واحدة في الحال وينبغي أن يكون المفتى به قول زفر لأن إن شاء الله صالح لتعليق الطلاق الأول اتفاقا ولتعليق الأخير أيضا وإن لم تكن الفاء فيه لما تقدم أن عند أبي يوسف إذا قدم الشرط وأخر الجزاء ولم يأت بالفاء لا يقع شيء وعليه الفتوى

---

(١) البحر الرائق، ٣٣٢/٣

وأشار بقوله إن شاء الله إلى أنه لو قال أنت طالق إن لم يشأ الله لا يقع شيء فأفاد أنه لو قال أنت طالق واحدة إن شاء الله وأنت طالق اثنتين إن لم يشأ الله لا يقع شيء أما في الأول فللاستثناء وأما في الثاني فلأنا لو أوقعناه علمنا أن الله تعالى شاء لأن الوقوع دليل

---

(١) ".

"بخلاف ما لو قال إن أديت إلي ألفا أحج بها فإنه يعتق بتخلية الألف ويكون قوله أحج بها البيان (((لبيان))) الغرض ترغيبا للعبد في الأداء حيث يصير كسبه مصروفا إلى طاعة الله تعالى لا على سبيل الشرط كذا في البدائع

ولو قال لعبدين له إن أديتما الي ألفا فأنتما حران فأدى أحدهما حصته لم يعتق أحدهما لأنه علق العتق بأداء الألف ولم يوجد وكذا لو أدى أحدهما الألف كله من عنده وإن أدى أحدهما الألف وقال خمسمائة من عندي وخمسمائة بعث بها صاحبي ليؤديها إليك عتقا لوجود الشرط حصة أحدهما بطريق الأصالة وحصة الآخر بطريق النيابة لأن هذا باب تجري فيه النيابة فقام أداؤه مقام أداء صاحبه

ولو أدى عنهما رجل آخر لم يعتقا إلا إذا قال أؤديها إليك على أنهما حران فقبلها المولى على ذلك عتقا ويرد المال إلى المؤدي لأن المولى لا يستحق المال بعتق عبده قبل الغير بخلاف الطلاق والفرق في البدائع

وقدمنا عن المحيط أنه لو أمر غيره بالأداء فأدى لا يعتق مع تصريح صاحب البدائع في مسألة العبدين بأن النيابة تجري في هذا الباب إلا أن يوفق بينهما بأن ما في المحيط إنما هو في الأمر من غير إعطاء شيء من العبد وما في البدائع فيما إذا بعث مع غيره المال فلا **إشكال**

وفي الهداية ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا أنه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما إذا حط البعض وأدى الباقي ثم لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لأنه مأذون من جهته بالأداء منه ا هـ

ولم أر صريحا أنه لو حجر على هذا العبد المأذون هل يصح حجره وقد يقال إنه لا يصح حجره لأن الإذن له ضروري لصحة التعليق بالأداء وقد يقال إنه يصح لما أنه يملك بيعه فيملك حجره بالأولى

قوله (وإن قال أنت بعد موتي بألف فالقبول بعد موته) لإضافة الإيجاب إلى ما بعد الموت فصار كما إذا قال أنت حر غدا على ألف درهم

وأشار المصنف بتأخير العتق عن الموت إلى أنه لا يعتق بقبوله فلا يعتق إلا بإعتاق الوارث أو الوصي أو القاضي إذا امتنع الوارث لأن العتق تأخر عن الموت إلى أن يقبل والعتق متى تأخر عن الموت لا يثبت إلا بإعتاق واحد من هؤلاء لأنه صار بمنزلة الوصية بالإعتاق ذكره الإمام العتابي وجزم به الأسبيجابي وقال إن الوارث يملك عتقه تنجيزا وتعليقا والوصي يملكه تنجيزا فقط ولو أعتقه الوارث عن كفارة يمينه جاز عن الميت لا عن الكفارة والولاء للميت لا للوارث

---

(١) البحر الرائق، ٤/٤٣

وصرح الصدر الشهيد بأن الأصح أنه لا يعتق بالقبول بل لا بد من إعتاق الوارث

وفي الهداية قالوا لا يعتق وإن قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لأن الميت ليس بأهل للإعتاق وهذا صحيح ا هـ

وتعقبه في غاية البيان بأنه ينبغي أن يعتق حكما لكلام صدر من الأهل مضافا إلى المحل وإن كان الميت ليس بأهل للإعتاق

ولأن القبول لم يعتبر في حال الحياة فإذا لم يعتق بالقبول بعد الوفاة

إلا باعتاق واحد منهم لا يكون معتبرا بعد الوفاة أيضا فلا يبقى فائدة لقبوله بعد الموت ا هـ

وجوابه أن العتق الحكمي وإن كان لا يشترط فيه الأهلية يشترط قيام الملك وقته وهنا قد خرج ملك المعلق وبقي للوارث ومتى خرج عن ملكه لا يقع بوجود الشرط مع وجود الأهلية فما ظنك عند عدمها وقوله إنه لا فائدة للقبول بعد الموت ممنوع لأنه لولا القبول لم يصح إعتاق الوصي والقاضي لعدم الملك لهما ولم يلزم الوارث الإعتاق

والحاصل أن المسألة مختلف فيها فظاهر إطلاق المتون أنه يعتق بالقبول بعد الموت من غير توقف على إعتاق أحد وهو قول البعض كما يشير إليه لفظ الأصح وله أصله (((أصل))) في الرواية كما في غاية البيان وصحح المتأخرون أنه لا يعتق بالقبول كما قدمنا ولا فرق في المسألة بين أن يؤخر ذكر المال أو يقدمه كان يقول أنت حر على ألف درهم بعد موتي كما في غاية البيان لكنه

---

(١) ".

"دار الحرب والفداء والمن) لأن في ردهم تقويتهم على المسلمين وفي الفداء بهم معونة الكفرة لأنه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استخلاص الأسير المسلم لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف إلينا والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا فلا يجوز عند الإمام أبي حنيفة وجوزا أن يفادى أسرى المسلمين تخليصا للمسلم **وجوابه** ما مر

أطلق في منع الفداء فشمل الشيخ الكبير الذي لا يرجى له نسل

وعن محمد جوازه كما في الولوالجية وشمل إطلاق الحربي وأخذ المسلم الأسير عوضا عنه واستنقاذه منا بمال نأخذه منه

قال في المغرب فداه من الأسر فداء وفدى استنقذه منه بمال والفدية اسم ذلك المال والمفاداة بين اثنين يقال فداه (((فاداه))) إذا أطلقه وأخذ فديته

وعن المبرد المفاداة أن تدفع رجلا وتأخذ رجلا والفداء أن تشتريه وقيل هما بمعنى اه

وفي الثاني خلاف ففي المشهور من المذهب لا يجوز

---

(١) البحر الرائق، ٢٨١/٤

وفي السير الكبير لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسرى بدر ولو كان أسلم الأسير في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير (((أسر))) في أيديهم لأنه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه به وهو مأمون على إسلامه وأما المن فقال في القاموس من عليه منا أنعم واصطنع عنده صنيعة اه

واختلفت العبارات في المراد به هنا ففي فتح القدير هو أن يطلقهم إلى دار الحرب بغير شيء

وفي غاية البيان والنهاية هو الانعام عليهم بأن يتركهم مجانا بدون إجراء الأحكام عليهم من القتل والاسترقاق أو تركهم ذمة للمسلمين اه

ولا يصح الأول في كلام المختصر لأنه هو عين قوله وحرم ردهم إلى دار الحرب وإنما حرم لأن بالأسر ثبت حق الغانمين فلا يجوز إبطال ذلك بغير عوض كسائر الأموال المغنومة

وقيد بفداء الكفار لأنه يجوز فداء أسرى المسلمين به الذين في دار الحرب بالدراهم والدنانير وما ليس فيه قوة للحرب كالثياب وغيرها ولا يفادون بالسلاح كذا في غاية البيان

وظاهر الولوالجية أنه يجوز مفاداة أسرى المسلمين بالسلاح والكراع اتفاقا قوله (وعقر مواش شق إخراجها فتذبح وتحرق) أي وحرم عقر المواشي لأنه مثلة فيذبحها لأن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكة الأعداء ثم تحرق بالنار لتنقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهي عنه قال في المحيط وأشار إلى أنه يحرق الأسلحة والأمتعة إذا تعذر نقلها وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار إبطالا للمنفعة عليهم

قال في المغرب عقره عقرا جرحه وعقر الناقة بالسيف ضرب قوائمها

والمواشي جمع ماشية وهي الإبل والبقر والغنم

وقيد بالمواشي احترازا عن النساء والصبيان التي يشق إخراجها فإنها تترك في أرض خربة حتى يموتوا جوعا كيلا يعودوا حربا علينا لأن النساء يقع بهن النسل وأما الصبيان فإنهم يبلغون فيصيرون حربا علينا كذا في فتاوى الولوالجي

وتعقبه في فتح القدير بأنه أقوى من القتل المنهي عنه في قتل النساء والصبيان اللهم إلا أن يضطروا إلى ذلك بسبب عدم الحمل فيتركوا ضرورة وهو عجيب منه لأن الولوالجي صرح بأنه يفعل بالنساء والصبيان ذلك عند عدم إمكان الإخراج لا مطلقا فلا إشكال أصلا والمسألة مذكورة في المحيط أيضا وذكر بعده ولهذا قال علماؤنا إذا وجد المسلمون حية أو عقربا في دار الحرب في رحالهم ينزعون ذنب العقرب وأنياب الحية قطعا للضرر عن أنفسهم ولا يقتلونها لأن فيه منفعة الكفار وقد أمرنا بضده اه

وفي التتارخانية نساء من أهل الإسلام متن في دار الحرب فيطأ أهل الحرب النساء الأموات قال يسعنا أن نحرقهن بالنار اه

قوله (وقسمة غنيمة في دارهم لا للإيداع) أي حرم قسمة الغنائم في دار الحرب لغير إيداع لنهيه عن بيع الغنائم في دار الحرب والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولأن الاستيلاء إثبات

". (١)

"له أن يرد والفرق أن البياض الثاني غير الأول حقيقة إلا أن في الصورة الأولى الثاني حدث في يد البائع فيوجب الرد وفي الثانية البياض الثاني حدث في يد المشتري فلا يوجب الرد اه

وبهذا ظهر أن لا **إشكال** ولا يحتاج إلى المشاورة نعم على ما نقله في فتح القدير من امتناع الرد في المسألتين مشكل

قوله (والسرقة من العيوب في العبد والجارية) أطلقه فشمل الصغير والكبير إلا الذي لا يميز كما قدمناه في الإباق والبول في الفراش فالثلاثة من غير المميز ليست عيبا

وفسر في المعراج المميز هنا بأن يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجي وحده وقدره بعضهم بخمس سنين كما في المعراج أيضا

ولا بد من المعاودة عند المشتري في حالة واحدة فلا بد من السرقة عندهما في الصغر أو بعد البلوغ فإن سرق عند البائع في صغره ثم عند المشتري بعد بلوغه لا برده (((يرده))) لحدوث العيب لان في الصغر لقلة المبالاة وفي الكبر لخبث في الباطن ولا بد من أن لا تقطع يده عند المشتري ولذا قال في المحيط اشترى عبدا فسرق عنده وقد كان سرق عند البائع فقطعت يده بالسرقتين يرجع بربع الثمن لأن اليد قطعت بالسرقتين جميعا اه

وفي الظهيرية من المحاضر أن الطراز (((الطرار))) والنباش وقاطع الطريق كالسارق عيب في العبد

وفي البدائع أن العبد إذا زنى فحد فإنه يكون عيبا

أطلقه فشمل ما إذا سرق من المولى أو من غيره قليلا كان أو كثيرا ويرد عليه مسألتان الأولى ما إذا سرق من المولى طعاما ليأكله فإنه لا يكون عيبا بخلاف ما إذا سرقه ليبيعه أو سرقه من غير المولى ليأكله فإذا عيب فيهما

وفي البزازية إذا سرق طعاما لا للأكل بل ليبيعه ونحوه فعيب مطلقا وظاهره أن الإهداء كالبيع

الثانية ما إذا سرق فلسا أو فلسين فإنه لا يكون عيبا وقد جزم به الشارح وظاهر ما في المعراج أنها قويلة وأن المذهب الإطلاق وعلى هذا القول ما دون الدرهم كذلك كما ذكره فيه

وفي الظهيرية

وإذا نقب البيت ولم يختلس فهو عيب

وفي جامع الفصولين لو سرق بصلا أو بطيخا من الغالين أو فلسا كما تسرق التلامذة لم يكن عيبا ولو سرق بطيخا من فاليز الأجنبي فهو عيب هو المختار وإن سرق للإدخار فهو عيب مطلقا اه

قوله (والجنون) لما ذكرنا ولا بد فيه من وجوده عند البائع ثم عند المشتري كذلك كما لا يخفى سواء اتحدت الحالة أو لا

(١) البحر الرائق، ٩٠/٥

فلو جن عند البائع في صغره ثم عند المشتري في صغره أو بعد بلوغه فهو عيب لكونه عين الأول لأنه عن فساد في الباطن ولا يختلف سببه بالصغر الكبر (((والكبر))) كما في العيوب الثلاثة وهذا معنى قول الإمام محمد أنه عيب أبدا وليس معناه عدم اشتراط العود في يد المشتري لأن الله تعالى قادر على إزالته وإن كان قل ما يزول كذا في الهداية وهو الصحيح وهو قول الجمهور وهو المذكور في الأصل والجامع الكبير وبه أخذ الطحاوي ولكن ميل الحلواني وخواهر زاده إلى ظاهر كلام محمد من عدم اشتراط العود عند المشتري للحديث من جن ساعة لم يفق أبدا

وقال الأسبيجابي ظاهر **الجواب** عدم اشتراط المعاودة في يد المشتري وقيل تشترط وهو الصحيح وقيل تشترط بلا خلاف بين المشايخ كذا في عامة الروايات

فالحاصل أن المشايخ اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال فمنهم من جعله كالإباق والبول في الفراش فلا بد من المعاودة واتحاد السبب وهو قول أبي بكر الاسكاف البلخي كما في غاية البيان معزيا إلى أبي المعين في شرح الجامع الكبير ومنهم من لم يشترطه نظرا إلى قول محمد في الجامع الصغير أن الجنون عيب لازم أبدا فإذا جن في يد البائع كفى للرد واختاره الفقيه أبو الليث كما في غاية البيان والحلواني وخواهر زاده كما قدمناه وعامة المشايخ على اشتراط العود في يد المشتري وإن لم يتحد السبب

واختاره الصدر الشهيد وقاضيخان وصاحب الهداية وصححوه وحكموا بغلط ما عداه

وفي التلويح الجنون

". (١)

"بالنسب له ا هـ ما في المحيط

وفيه والشهادة بعتق الأمة كالشهادة بطلاق المرأة ا هـ

قلت وينبغي أن يكون الشهادة بالوقف كالعتق ولم أر نقلا في الشهادة بأن الوقف ملك أو بتزوير شرائط الوقف أو بأن الواقف أخرج فلانا وأدخل فلانا زورا إذا اتصل به القضاء وظاهر ما في الهداية أن ما عدا الأملاك المرسلة فإنه ينفذ باطنا حيث قال وكل شيء قضى به القاضي إلى آخره بناء على أن التحريم يشمل القصدي والضمني خصوصا إذا قلنا بأن الوقف من قبيل الإسقاط فهو كالطلاق والعتاق فعلى هذا فاللقب ليس بعام لخروج النسب عن العقود والفسوخ مع أن في دخول الطلاق والعتاق تحت الفسخ **إشكالا** لأن الطلاق مقابل الفسخ لأن الفسخ لا ينقص العدد والطلاق ينقصه وقدمنا ما في الإيضاح

وقولهم إن المسألة ملقبة بالقضاء بالعقود والفسوخ يقتضي أن لا ينظر فيه إلى المعنى لكونه علما فيه ولو حذف الأملاك لكان أولى ليشمل ما إذا شهدوا بزور بدين لم يبينوا سببه فإنه لا ينفذ وإذا لم ينفذ باطنا في الأملاك المرسلة لم يحل

---

(١) البحر الرائق، ٦/٤٤

للمقضى له الوطء والأكل واللبس وحل للمقضى عليه لكن يفعل ذلك سرا لأنه لو فعله جهرا فسقه الناس أو عزروه كذا في الولوالجية

واعلم أن الإرث حكمه حكم الأملاك المطلقة فلا ينفذ القضاء بالشهور (((بالشهود))) زورا فيه باطنا اتفاقا وإن كان ملكا بسبب وسيأتي الاختلاف في باب اختلاف الشاهدين في أن الإرث مطلق أو بسبب والمشهور أنه مطلق

واختار في الكنز أنه بسبب ولذا قال في البدائع في الجواب عن حديث البخاري مرفوعا إنما أنا بشر فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فإنما أقطع له قطعة من النار أنه قاله عليه الصلاة والسلام في مواريث درست والميراث ومطلق الملك سواء في الدعوى وبه نقول ا هـ

ثم اعلم أنهما لما قالا بعدم النفاذ باطنا اختلفا فقال محمد لا يحل للزوج الأول

وقال أبو يوسف يحل للزوج الأول وطؤها في الظاهر وأما في الباطن فلا يحل لأن قول أبي حنيفة بوقوع الفرقة باطنا صار شبهة له فيحرم الوطء احتياطا وصار كما إذا تزوج امرأة ثم طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد ذلك كره محمد له أن يطأها قبل المحلل بقول أبي حنيفة كذا في الولوالجية

وفيها ولو تزوجها الثاني ودخل بها وفارقها وانقضت عدتها فلا بأس أن يتزوجها الأول أما عندهما فلأن نكاح الأول قائم لكنهما يجددان النكاح حتى لأيتهما وأما عند أبي حنيفة فإن الفرقة بالثلاث واقعة فيكون الزوج الثاني مثبتا للحل هذا إذا فارقها الزوج الثاني بطلاق باختياره فأما إذا شهدا عليه زورا بالثلاث وقضى القاضي بالفرقة حل لها أن تتزوج من شاءت من الزوج الأول والشاهدين عند أبي حنيفة وأبي يوسف الأول وعند أبي يوسف الآخر وهو قول محمد لا يحل لأنها كانت منكوحة الأول فلا تتزوج إلا من الأول ا هـ

وأشار المصنف إلى أن قضاء القاضي يحل ما كان حراما في معتقد المقضى له ولذا قال في الولوالجية ولو قال لها أنت طالق ألبتة فخاصمها إلى قاض يراها رجعية بعد الدخول فقضى بكونها رجعية والزوج يرى أنها بائنة أو ثلاثا فإنه يتبع رأي القاضي عند محمد فيحل له المقام معها

وقيل إنه قول أبي حنيفة

وعلى قول أبي يوسف لا يسعه المقام معها وإن ترافعا إلى قاض آخر بعد القضاء الأول فإنه لا ينقضه وإن كان على خلاف رأيه

وهذا إذا قضى له فإن قضى عليه بالبينونة أو الثلاث والزوج لا يراه يتبع رأي القاضي اجماعا

وهذا كله إذا كان الزوج عالما له رأي واجتهاد فإن كان عاميا اتبع رأي القاضي سواء قضى له أو عليه

وهذا إذا قضى له أما إن أفتى له فهو على الاختلاف السابق لأن قول المفتي في حق الجاهل بمنزلة رأيه واجتهاده كذا في الولوالجية

وفي آخر النتف اعلم أن القضاء لا يهدم القضاء والرأي لا يهدم الرأي والقضاء يهدم الرأي والرأي لا يهدم القضاء مثلا (((مثال))) الأول ظاهر

". (١)

"منه الباقي قال بعضهم يهلك من مال المديون

وقال بعضهم من مال الطالب

وهذا أصح لأن أمره بالشراء بمنزلة قبضه ا هـ

لأن ما في القنية فيما إذا سبق توكيل الطالب وما في الواقعات الحسامية سبق توكيل المطلوب كما لا يخفى وإلى أن الوكيل بالبيع إذا كفل عن المشتري بثمن ما باعه لم تجز وتجوز كفالة الوكيل بالقبض والوكيل بالنكاح بالمهر لاندفاع التنافي بصرف الحقوق عنه كما علم في التلخيص وإذا صحت كفالة الوكيل بالقبض بطلت وكالته كما في المعراج

والحاصل أن الكفالة بالمال مبطلة للوكالة تقدمت الكفالة أو تأخرت لكونها أقوى من الوكالة

وهاهنا ثلاث مسائل لم أرها الآن صريحة وسئلت عنها الأولى هل تصح كفالة الوصي عن مديون الميت الثانية هل تصح كفالة الناظر مستأجر الوقف بالأجرة الثالث (((الثالثة))) هل يصح توكيل الدائن وصي المديون بالقبض من تركة المديون ومقتضى ما قدمناه أن يفصل في كفالة الوصي والناظر فإن بشيء وجب بعقده لم تصح وإلا صحت لأن كلا منهما وكيل وهذا حكم الوكيل

وأما الثالثه فينبغي صحة الوكالة ويقيم القاضي وصيا لسماع الدعوى والبرهان أخذا من قولهم لو ادعى الوصي دينا على الميت قال في الخانية يقيم القاضي وصيا لسماع البينة فإذا انتهى الأمر كان الأول وصيا على حاله وعليه الفتوى ا هـ

قوله (ومن ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه إليه) لأنه أقر على نفسه لأن ما يقبضه خالص ماله وسيأتي في الكتاب حكم ما إذا ادعى الإيفاء وقد تقدم أن الوكيل بقبض الدين بالمبادلة والتمليك والتملك فلا **إشكال** في صحة التوكيل به وبه سقط ما في الذخيرة من السؤال **والجواب** كما لا يخفى

وقول الشارح هذا سؤال حسن **والجواب** غير مخلص الخ غفلة عما قدمه والمراد بأمره جبره عليه كما في السراج الوهاج قوله (فإن حضر الغائب فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانيا) لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر ذلك والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الأداء إن لم يجز استيفاء الطالب حال قيامه قوله (ورجع به على الوكيل لو باقيا) أي رجع الدافع بما قبضه الوكيل إن كان باقيا في يده لأنه ملكه وانقطع حق الطالب عنه

أطلقه في البقاء فشمل البقاء الحكمي بأن استهلكه الوكيل فإنه باق ببقاء بدله ولذا قال في الخلاصة وإن استهلكه ضمن مثله فإن ادعى الوكيل هلاكه أو دفعه إلى الموكل حلفه على ذلك وإن مات الموكل وورثه غريمه أو وهبه له وهو قائم في يد الوكيل أخذه منه في الوجوه كلها وإن كان هالكا ضمنه إلا إذا صدقه على الوكالة قوله (وإن ضاع لا) أي ضاع المقبوض في يد الوكيل فلا رجوع عليه لأنه بتصديقه اعترف أنه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الأخذ والمظلوم لا يظلم غيره وأورد عليه أن أحد الابنين إذا صدق المديون في دعواه الإيفاء للميت وكذبه الآخر ورجع المكذب عليه بالنصف فإن

(١) البحر الرائق، ١٦/٧

للمديون الرجوع على المصدق بالنصف إن كان للميت تركة غير الدين مع أنه في زعمه أن المكذب ظالم وأجيب بأن الرجوع على المصدق لكونه أقر على أبيه بالدين قوله (إلا إذا ضمنه عند الدفع) لأن المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان

قالوا ويجوز في ضمنه التشديد والتخفيف فمعنى التشديد أن يضمن الغريم الوكيل فالضمير المستتر عائد إلى الغريم والبارز إلى الوكيل

ومعنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذي أخذه وصورته أن يقول الغريم للوكيل أنت وكيله لكن لا آمن أن يجحد الوكالة ويأخذ مني ثانيا

". " (١)

"إليه التزويج وأنه لم يكن لها ولي كما في البزازية

ثم اعلم أن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء ويوم القتل يدخل هكذا في العمادية والظهيرية والولوالجية والبزازية وغيرها

وفرعوا على الأول ما لو برهن الوارث على موت مورثه في يوم ثم برهنت امرأة على أن مورثه كان نكحها بعد ذلك اليوم يقضى لها بالنكاح وعلى الثاني لو برهن الوارث على أنه قتل يوم كذا فبرهنت المرأة على أن هذا المقتول نكحها بعد ذلك اليوم لا يقبل وعلى هذا جميع العقود والمداينات

وكذا لو برهن الوارث على أن مورثه قتل يوم كذا فبرهن المدعى عليه أنه مات قبل هذا بزمان لا يسمع ولو برهن على أن مورثه قتل يوم كذا فبرهن المدعى عليه أنه قتله فلان قبل هذا بزمان يكون دفعا لدخوله تحت القضاء هذه عبارة البزازية

وزاد الولوالجي موضحا للثانية بقوله ألا ترى أن امرأة لو أقامت البينة أنه تزوجها يوم النحر بمكة فقضى بشهودها ثم أقامت أخرى بينة أنه تزوجها يوم النحر بخراسان لا تقبل بينة المرأة الأخرى لأن النكاح يدخل تحت القضاء فاعتبر ذلك التاريخ فإذا ادعت امرأة أخرى بعد ذلك التاريخ بتاريخ لم يقبل ا هـ

وفي الظهيرية ادعى ضيعة في يد رجل أنها كانت لفلان مات وتركها ميراثا لفلانة لا وارث له غيرها ثم إن فلانة ماتت وتركتها ميراثا لي لا وارث لها غيري وقضى القاضي له بالضيعة فقال المقضي عليه دفعا للدعوى إن فلانة التي تدعي أنت الإرث عنها لنفسك (((لنفسها))) ماتت قبل فلان الذي تدعي الإرث عنه لفلانة اختلفوا فيه بعضهم قالوا إنه صحيح

وبعضهم قالوا إنه غير صحيح بناء على أن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء ا هـ

---

(١) البحر الرائق، ١٨٣/٧

وفيها قبله بعد ما ذكر الفرق بين يوم الموت ويوم القتل قال غير أن مسألة أخرى ترد **إشكالا** على هذا وهي أن الرجل إذا ادعى على رجل أنه قتل أباه عمدا بالسيف منذ عشرين سنة وأنه وارثه لا وارث له سواه وأقام البينة على ذلك فجاءت امرأة ومعها ولد وأقامت البينة أن والد هذا تزوجها منذ خمسة عشر سنة وأن هذا ولده منها ووارثه مع ابنه هذا قال أبو حنيفة أستحسن في هذ أن أجيز بينة المرأة وأثبت نسب الولد ولا أبطل بينة الابن على القتل

وكان هذا الاستحسان للاحتياط في أمر النسب بدليل أنها لو أقامت البينة على النكاح ولم تأت بالولد فالبينة بينة الابن وله الميراث دون المرأة وهذا قول أبي يوسف ومحمد ا هـ

فقد علمت مما في الظهيرية استثناء مسألة من قولهم يوم الموت لا يدخل تحت القضاء على قول البعض واستثناء مسألة من قولهم يوم القتل يدخل فافهم

وفي القنية من باب دفع الدعوى ادعى عليه شيئا أنه اشتراه من أبيه منذ عشر سنين والأب ميت للحال فأقام ذو اليد البينة أنه مات منذ عشرين سنة تسمع وقال عمر الحافظ لا تسمع

قال أستاذنا رضي الله عنه والصواب **جواب** الحافظ فينبغي أن يحفظ فإنه كان يحفظ أن زمان الموت لا يدخل تحت القضاء ا هـ

وهي ثانية تستثنى على قول البعض من قولهم يوم الموت لا يدخل أن زمان الموت لا يدخل

وفي خزانة الأكمل بعد ما ذكر أن يوم الموت لا يدخل ويوم القتل يدخل قال ولو أقام رجل البينة أن هذا قتل أبي يوم النحر بمكة وأقام أخو هذا المدعي بينة على رجل آخر أنه قتل أبي يوسف (((يوم))) النحر بالكوفة جازت ويحكم لكل واحد منهما بنصف الدية أما لو كان القاتل واحدا والمقتول اثنين لم تقبل ذكره في نوادر ابن رستم عن محمد ا هـ

ثم قال ولو أقام رجل البينة أنه قتل أبي منذ سنة وأقام المشهود عليه بينة أن أباه صلى بالناس الجمعة الماضية قال أبو حنيفة الأخذ بالأحدث أولى أن كان شيئا مشهورا ا هـ

". (١)

"ومن حمل طعاما مشتركا بينه وبين غيره لا يستحق الأجر

هذا لأنه لا يعمل شيئا لشريكه عما لا يقع بعضه لنفسه فلا يستحق الأجر هكذا قالوا

قال الشارح وفيه **إشكالان** أحدهما أن الإجارة فاسدة والأجرة لا تملك إلا في الصحيحة منها بالعقد سواء كانت عينا أو دينا على ما بينا فكيف تملك هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل

الثاني أنه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الأجر ينافي الملك لأنه لا يملك إذا ملك بطريق الإجارة فإذا لم يستحق فكيف يملك وبأي سبب يملك **والجواب** عن الأول أنه ملك هنا ب بالتعجيل والتسليم كما صرح هو به في تقريره وصرح به صاحب النهاية ومعراج الدراية حيث قالا ودفع إليه

---

(١) البحر الرائق، ٢٣٦/٧

والجواب عن الثاني أنه لا منافاة بين قوله ملكه في الحال وبين قوله لا يستحق الأجرة ولا يجب لأن معنى ملكه في الحال يعني ابتداء بموجب العقد وتسليم الأجر إلى الأجير بالتعجيل ومعنى لا يستحق الأجر لبطلان العقد قبل العلم بعد أن ملك الأجر بالتسليم بسبب أنه صار شريكا في الطعام

قال في النهاية لو قال احمل لي هذا الكر إلى بغداد بنصفه فإنه لا يكون شريكا وتفسد الإجارة لأنه في معنى قفيز الطحان وللأجير أجر مثله إن وصل إلى بغداد لا يتجاوز المسمى ومشايخ بلخ والنسفي جوزوا حمل الطعام ببعض المحمول ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل أهل بلادهم بذلك والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ومشايخنا رحمهم الله لم يجوزوا ذلك وقالوا هذا التخصيص تعامل أهل بلدة واحدة وبه لا يخص الأثر

والحيلة في جوازه أن يشترطا قفيزا مطلقا فإذا عمل استحق الأجرة

وفي الغياثية دفع إلى حائك ثوبا لينسجه بنصفه أو بثلثه أو ربعه فالإجارة فاسدة عند علمائنا وبه أفتى الإمام السرخسي والسيد الإمام الشهيد

ومشايخ بلخ يفتون بالجواز لعرف بلادهم

وفي الظهيرية وبه أخذ الفقيه أبو الليث وشمس الأئمة الحلواني والقاضي أبو علي النسفي اه

وفي التتارخانية لو استأجر ثورا ليطحن له أردبا ببعض منه أو حمارا ليحمل له أردبا ببعض منه فالإجارة فاسدة ولو استأجر حانوتا بنصف ما ربح فيه فالإجارة فاسدة

وفي المحيط لو استأجر حائكا لينسج هذا الثوب بنصفه على أن يزيد رطلا من عنده فنسج وزاد فله أجر مثل عمله ويضمن صاحب الثوب للحياك رطلا من الغزل

وأما الثالث وهو ما إذا استأجره ليخبز (((لينجز))) له طول النهار بدرهم فلأن ذكر الوقت يوجب كون المعقود هو المنفعة وذكر العمل يوجب كون العمل هو المعقود عليه ولا ترجيح لأحدهما على الآخر فإن وقع على المنفعة استحق الأجر بمضي الوقت عمل أو لم يعمل وإن وقع على العمل لا يتسحق (((يستحق))) إلا بالعمل فيفسد العقد وهو قول الإمام

وقالا العقد جائز ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى إذا فرغ منه نصف النهار فله الأجر وإن لم يعمل في اليوم فعليه أن يعمل في الغد وذكر اليوم للتعجيل فصار كما إذا استأجره للعمل على أن يفرغ منه في هذا اليوم يجوز بالإجماع

والفرق للإمام هنا أن اليوم لم يذكر هنا إلا لإثبات صفة في العمل والصفة تابعة للموصوف غير مقصودة بالذات وفي مسألة الكتاب ذكر اليوم قصدا

وفي الغياثية لو استأجره ليخيط له هذا الثوب قميصا اليوم بدرهم لم يجز عند الإمام

ولو قال ليخيط ولم يذكر الوقت يجوز ولو قال ليخيطه قميصا ويفرغ في اليوم جاز ولو قال بشرط أن يفرغ أو على أن يفرغ في اليوم لم يجز

فإن قلت ورد في باب الراعي إذا جمع بين المدة والعمل يعتبر الأول

قال في المحيط لو استأجره شهرا ليرعى غنمه بدرهم أوقع العقد على العمل لما قدم ذكر العمل على الوقت والعلة التي اقتضت فساد العقد في مسألة الجمع بين المدة والعمل فمقتضى النظر أن يفسد في الراعي كما في مسألة الكتاب ويجوز في مسألة الكتاب كما جاز في مسألة الراعي ترجيحا للمقدم في الذكر

وما الفارق بينهما أقول الفارق بينهما قال في الأصل والأصل عند الإمام أنه إذا جمع بين الوقت والعمل إنما يفسد العقد إذا ذكر كل واحد منهما على وجه لا يصلح أن يكون معقودا عليه لأن ذكر الوقت والعمل على وجه لا يجوز إفراد العقد عليه لا يفسد العقد بيانه إذا استأجر رجلا يوما ليبني له بالجص والآجر جاز بلا خلاف وإن جمع بين الوقت والعمل فكان ذكر البناء لبيان نوع العمل وهذا العمل في هذه المسألة لا يجوز إفراد العقد عليه حتى لو ذكر العمل على وجه يجوز إفراد العقد عليه فإن بين قدر البناء لا يجوز ذلك عند الإمام اه

فعلى مسألة الخبز بين قدر المحل تفسد وفي مسألة الراعي لم يبين قدر الغنم المرعى فلا يفسد والحمد لله الذي هدانا لهذا

وعن محمد

" (١).

"ملكه فصح وصار نائبا عنه وصار فعله منقولا إليه لأنه فعله بنفسه ولأن البدل ليس بمقابلة العمل بدليل أنه يستحق الأجر وإن لم يعمل وهذا لأن المبيع منفعته وهي سليمة وإنما الخرق في العمل الذي هو تسليم المنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن يضمن شيئا ما هو عليه فلا يشترط فيه السلامة فلا يضمن ما تلف إلا إذا تعمد الفساد فيضمن بالتعدي كالمودع

وفي المحيط وعلى هذا التفصيل أما في الضمان تلميذ القصار وأجيره سائر الصنائع

قال رحمه الله (وصح ترديد الأجير بترديد العمل في الثوب نوعا وزمانا في الأول) يعني يجوز أن يجعل الأجر مترددا بين تسميتين ويجعل العمل مترددا في الثوب بين نوعي العمل بأن يقول إن خطت فارسيا فبدرهم أو روميا فبدرهمين أو صبغته بعصفر فبدرهم ويزعفران (((وبزعفران))) فبدرهمين

أو يجعل العمل مترددا بين زمانين بأن يقول إن خطته اليوم فبدرهمين وإن خطته غدا فبنصف درهم يجوز في الأول دون الثاني وهو معنى قوله وزمانا في الأول

ويجوز التردد بين ثلاثة أشياء ولا يجوز بين أكثر كما تقدم

ولو قال المؤلف رحمه الله تعالى وصح ترديد الأجر بترديد العمل نوعا وزمانا في الأول فيما دون الأربعة لكان أولى لأنه يفهم من الإطلاق أنه يصح في أكثر من الأربعة وهذا خيار التعين إلا أنه لا بد في البيع من اشتراط الخيار

وفي الإجارة لا يشترط ذلك والفرق أن تحقيق الجهالة في البيع لا يرتفع إلا بإثبات الخيار بخلاف الإجارة

---

(١) البحر الرائق، ٢٧/٨

واستشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال أقول الجهالة التي في طرف الأجرة ترتفع كما ذكر أما التي في طرف العين المستأجرة فهي ثابتة وتفضي إلى المنازعة فينبغي أن لا يصح بدون شرط اليقين ا هـ

وهذا التفصيل في الزمان قول الإمام

وقالا الشرطان جائزان

وقال زفر الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد وقد ذكر لمقابلته بدلان فيكون مجهولا

ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت وغدا للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان وللإمام في الأول قال فارسيا وروميا فسمى نوعين معلومين من العمل وسمى لكل منهما بدلا معلوما فيجوز للإمام أيضا إذا كان الترديد في الزمان إن ذكر اليوم للتعجيل والعد (((والغد))) للاضافة (((للإضافة))) والكلام لحقيقته حتى يقوم دليل المجاز وقد قام الدليل على إرادة المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل لأن مرادهما الصحة وهو متعين في المجاز لأن تعين العمل مع التوقيت مفسد فإن تعين العمل يوجب كونه أجيرا مشتركا وتعين الوقت يوجب كونه خاصا وبينهما تفاوت فلا تجتمعان (((يجتمعان))) فتعين المجاز كي لا يفسد فحملاه على التعجيل وفي الغد لم يقم الدليل على إرادة المجاز بل قام الدليل على إرادة الحقيقة وهو الإضافة يعني في التعليق فتركاه على حقيقته فإذا كان ذكر اليوم للتعجيل وذكر غد للإضافة لم يجتمع في اليوم إلا نسبة واحد فلم يفسد فإذا خاطه اليوم فله الدراهم واجتمع في غد تسميتان فوجب حمله على الإضافة وهذا يناقض ما قدمه من أنه إن كان العمل أولا فالزمان لغو أو الزمان أولا فالعمل لغو فهو في الأول أجير مشترك وفي الثاني أجير خاص فإذا خاطه في غد فله أجر مثله لا يزاد على نصف درهم بخلاف الفارسية والرومية لأنهما عقدان مختلفان لم يجتمعا فافترقا

ويشكل على ما علل به في اليوم والغد مسألة الراعي فإنها جمع فيها بين ذكر الوقت والعمل وتصح الإجارة بالاتفاق ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول أحد بل يعتبر أجيرا مشتركا إن وقع ذكر العمل أولا وأجيرا وحده إن وقع ذكر الوقت أو لا كما ذكر في الذخيرة والمحيط

قال صاحب الكافي وفي المسألة **إشكال** على قول الإمام حيث جعل ذكر اليوم للتعجيل ههنا حتى أجاز العقد وفي مسألة الخياط جعله للتوقيت وأفسد العقد

والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة ولم نعمم هناك وكان التوقيت مرادا ففسد العقد

وقوله ترديد الأجرة قيد اتفاقي لأنه لا فرق بين ترديد الأجرة ونفيها لما قال في المحيط البرهاني لو قال إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلا أجر لك قال محمد في الإملاء إن خاطه في اليوم الأول فله درهم وإن خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزاد على درهم في قولهم جميعا لأن إسقاط الأجر في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الأول ونفي التسمية في اليوم الأول لا ينفي أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقد لا تسمية فيه فيجب أجر المثل ا هـ بلفظه

وفي التتارخانية بعد أن ذكر هذا الفرع هذا إذا جمع بين الأمرين فلو أفرد العقد على اليوم بأن قال إن خطته اليوم فلك درهم ولم يزد على هذا فخاطه في الغد لم

". (١)

"للمستأجر فظاهر لأنه لا **إشكال** فيه لأنه ليس فيه إلا دفع الاستحقاق والظاهر يصلح له فإن كان يشهد للمؤجر ففيه **إشكال** من حيث إنه يستحق الأجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق **وجوابه** أنه يستحق بالسبب السابق وهو العقد وإنما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره إلى ذلك الوقت فلم يكن مستحقا بمجرد الظاهر وهذا لأنهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب فقد أقر بالوجوب عليه وإذا أنكره يكون متعرضا لنفيه فلا يقبل إلا بحجة

وعلى هذا لو أعتق جارية ولها ولد فقالت أعتقتني قبل ولادتي فهو حر وقال المولى أعتقتها بعده فهو رقيق فالقول قول من الولد في يده لأن الظاهر يشهد له وكذا لو با ع نخلا فيه ثمرة واختلفا في الثمرة معها كان القول قول من في يده الثمرة

وهذا كله إذا اتفقا على قدر الأجرة واختلفا في الوجوب فلو اختلفا في قدر الأجرة واتفقا في الوجوب قال في فتاوي قاضيخان ولو اختلفا في الأجر فقال الصباغ عملته بدرهم وقال صاحب الثوب بدانقين فأيهما أقام البينة قبلت بينته وإن أقاماها فبينة الصباغ وإن لم يكن لهما بينة ينظر ما زاد الصبغ في قيمة الثوب فإن كان درهما أو أكثر يؤخذ بقول الصباغ فيعطى درهما بعد يمينه بالله ما صبغه بدانقين وإن كان ما زاد الصبغ فيه أقل من دانقين كان القول قول رب الثوب مع يمينه على ما ادعى الصباغ فإن كان يزيد في قيمة الثوب نصف درهم يعطى لصباغ (((الصباغ))) نصف درهم مع يمينه كما تقدم وإن كان ينقص الصبغ الثوب كان القول قول صاحب الثواب (((الثوب))) ا هـ

قال في المحيط وغيره وإذا اختلف شاهد (((شاهدا))) الأجرة في مقدارها إن كانت الحاجة إلى القضاء بالعقد قبل استيفاء المعقود عليه فالشهادة باطلة سواء كان يدعي أقل المالين أو أكثرهما فإن كانت الحاجة إلى القضاء بالدين بأن وقع الاختلاف بعد الاستيفاء وقد تقدم

ولو اختلفا في نفس المنفعة فشهد أحدهما بالركوب والآخر بالحمل أو قال أحدهما بزعفران وقال الآخر بعصفر لم تقبل الشهادة

هذا إن اتفقا على العين المؤجرة فلو اختلفا فيها قال في المحيط لو اختلفا في العين المؤجرة بأن قال المؤجر أجرتك هذه الدابة وقال المستأجر بل هذه يتحالفان ولو اختلفا في جنس الأجرة وأقاما البينة وكل بينة تثبت الزيادة تقبل بينة كل فيما يدعيه ولو اختلفا في المسافة فقال أحدهما مثلا في ديارنا إلى الخانكا وقال الآخر إلى بلبيس يتحالفان وأيهما أقام البينة تقبل بينته وإن أقاماها جميعا أخذ بينة رب البداية (((الدابة))) في إثبات الأجرة وبينة (((وببينة))) المستأجر في إثبات زيادة المسافة

قال رحمه الله (والقول لرب الثوب في القميص والقباء والحمرة والصفرة والأجر وعدمه) يعني إذا اختلف رب الثوب والخياط في المخيط بأن قال رب الثوب أمرتك أن تعمل قباء وقال الخياط قميصا أو في لون الصبغ بأن قال رب الثوب

(١) البحر الرائق، ٨/٣٥

أحمر وقال الصباغ أصفر أو في الأجرة بأن قال صاحب الثوب عملته بغير أجرة وقال الصباغ بأجرة كان القول قول رب الثوب وظاهر العبارة أنه لا فرق بين كون رب الثوب معروفا بلبس ما نفاه أو لا والذي يقتضيه النظر إن كان معروفا بلبس ما نفاه أن يكون القول قول الخياط وإن لم يكن معروفا أو جهل الحال يكون القول قول رب الثوب أما إذا اختلفا في الخياطة والصبغ فلأن الإذن يستفاد (((يستفاد))) منه فهو أعلم بكيفيته لأنه إذا أنكر الإذن أصلا كان القول قوله فكذا إذا أنكر وصفه لأن الوصف تابع للأصل لكنه يحلف لأنه ادعى عليه شيئا لو أقر به لزمه فإذا أنكره يحلف فإذا حلف فالخياط ضامن وصاحب الثوب ضمير (((مخير))) إن شاء ضمنه ثوبا غير معمول ولا أجر له أو قيمته معمولا وله أجر مثله لا يجاوز به المسمى على ما بينا

وعن محمد إنه يضمن ما زاد الصبغ فيه لا يقال هذه مكررة مع قوله ولو اختلفا في الإجارة قبل الاستيفاء إلى آخره لأنا نقول هناك اتفقا على نوع العمل واختلفا في الأجرة وهنا اتفقا على الأجرة واختلفا في نوع العمل فلا تكرار وأما إذا اختلفا في الأجرة فلأن المستأجر ينكر تقوم عمله ووجوب الأجر والصباغ يدعيه فكان القول للمنكر وهذا قول الإمام

وقال الثاني إن كان الصابغ حريفا له أي معاملا له بأن كان يدفع إليه شيئا للعمل ويقاطعه عليه فله الأجر وإلا فلا

وقال محمد إن كان الصابغ معروفا بهذه الصنعة بالأجرة كان القول قوله وإلا فلا لأنه لما فتح الدكان لذلك جرى ذلك مجرى التنصيص عليه اعتبارا بظاهر المقاصد

وقولهما استحسان والقياس قول الإمام والفتوى على قول محمد فإن قلت هذه متكررة مع قوله وبخياطة قباء وأمر بقميص فالجواب أن تلك باعتبار الضمان وهذا باعتبار أن القول لرب الثوب عند الاختلاف فلا تكرار

وفي التتارخانية ولو اختلف هو

"(١).

"أنه موقوف فالعتق كذلك قال رحمه الله (وإن لم يحط صح) يعني وإن لم يحط الدين برقبته وبما في يده جاز عتقه وهذا بالإجماع أما عندهما فظاهر وكذا عنده في قوله الآخر وفي قوله الأول لا يملك فلا يصح إعتاقه لأن الدين يتعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن

ووجه قول الآخر أن الشرط هو الفراغ وبعضه فارغ وبعضه مشغول فلا يجوز أن يمنع الملك في الحال لأن شرط عدم الملك لم يوجد ولا يجوز أن يمنع بقدره لأن البعض ليس بأولى من البعض الآخر كذا نقله الشارح

وفي الهداية وإن لم يكن محيطا بماله جاز عتقه ولم يذكر رقبته وهذا هو القسم الثالث من الأقسام التي ذكرناها

قال في العناية وإذا لم يكن محيطا بماله ورقبته جاز عتق المولى عبدا من كسبه

قال في بيوع الجامع الصغير عن يعقوب في رجل أذن لعبده في التجارة فاشترى عبدا يساوي ألفا وعلى الأول ألف دين فأعتق المولى العبد المشتري فعتقه جائز وإن كان الدين ألفي درهم مثل قيمته لم يجز عتقه ا هـ

---

(١) البحر الرائق، ٣٩/٨

ولا يخفي أن إنفاذ العتق على قول الإمام فيما لو أحاط بكسبه **إشكال** لأن حاصل مذهبه أنه ملك المولى بطريق الخلافة عند الفراغ وهذا ليس بفارغ فظهر أن ذكر الرقبة لا فائدة فيه وأن المراد بالصحة النفاذ

قال رحمه الله (ولم يصح بيعه من السيد إلا بمثل القيمة) لأنه لا تهمة في البيع بمثل القيمة فيجوز وبأقل منه فيه تهمة فلا يجوز سواء كان النقصان كثيرا أو قليلا

والمراد بعدم الصحة عدم النفاذ لأجل الغرماء لأن حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له أن يبطل حقهم

وقيد بالسيد لأنه لوحا بالأجنبي (((حابا))) عند الإمام جاز لأنه لا تهمة فيه وبخلاف ما لو با ع المريض عينا من وارثه بمثل القيمة حيث لا يجوز عند الإمام لأن المريض ممنوع من إيثار بعض الورثة بها وفي حق غيرهم ممنوع عن إبطال المالية حتى كان له أن يبيع جميع ماله بمثل من القيمة وبأقل منه إلى ثلثي القيمة إذا لم يكن عليه دين وهذا عند الإمام

وعندهما إن با ع من المولى جاز فاحشا كان الغبن أو يسيرا ولكن يخير بين أن يزيل الغبن أو ينقض البيع لأن في المحاباة إبطال حق الغرماء في المالية فيتضررون به بخلاف البيع من الأجنبي بالغبن اليسير حيث يجوز وبخلاف (((بخلاف))) ما إذا با ع من الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة ولا يجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن

وفي الكافي وإن باعه من المولى بنقصان لم يجز فاحشا كان أو يسيرا ولكن يخير المولى بين أن يزيل الغبن أو ينقض البيع وهذا قول بعض مشايخنا

وقيل إن الصحيح أن قول الإمام في هذه كقولهما

وفي المحيط قول الكل وقيل قولهما ولو استهلك المولى المبيع في هذه الحالة لزمه تمام القيمة

وفي التتارخانية برقم ومما يتصل بهذا الفصل إذا با ع العبد المأذون بعض ما في يده من تجارة أو اشترى شيئا ببعض المال من تجارة وحابا في ذلك وكان ذلك في مرض المولى ثم مات المولى من مرضه ذلك فعلى قول أبي حنيفة البيع جائز سواء حابا في البيع بما يتغابن الناس في مثله أو لا ما لم تحاوز (((تتجاوز))) المحاباة ثلث مال المولى فإذا جاوز ثلث مال المولى فإنه يخير المشتري وإن شاء نقض البيع ولم يرد ما زاد على الثلث بخلاف ما لو كان المولى صحيحا وحابا العبد بما يتغابن في مثله أو لا يتغابن الناس في مثله فإنه يجوز عند أبي حنيفة كيفما كان جاوزت المحاباة ثلث المال أم لم يتجاوز (((تجاوز))) وهذا بخلاف المكاتب إذا با ع أو اشترى وحابا في مرض موت المولى فإنه يجوز إذا لم يجاوز ثلث ماله فكذا العبد وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى

وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى إن با ع واشترى بما يتغابن الناس في مثله فإنه يجوز ويسلم المشتري ولو با ع واشترى وحابا بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز البيع عندهما حتى إذا قال المشتري أنا أؤدي قدر المحاباة ولا ينقض البيع لا يكون له ذلك على قولهما

هذا الذي ذكرنا إذا لم يكن على العبد دين فأما إذا كان عليه دين يحيط برقبة أو بما في يده أو لا يحيط فباع واشترى وحابا محاباة يسيرة أو فاحشة **فالجواب** فيه عندهم جميعا **كالجواب** فيما إذا لم يكن على العبد دين

قال الفقيه أبو بكر البلخي لا يوجد عن أصحابنا رواية في كتبهم أن المحاباة اليسيرة في المريض إذا لم يكن عليه دين تعتبر من ثلث ماله إلا في هذا الكتاب خاصة فهذه المسألة من خصائص هذا الكتاب ولو كان الدين على المولى ولا دين على العبد فهذا على وجهين إما أن يكون محيطا بجميع مال المولى أو لا يكون محيطا بجميع

---

(١) ".

"إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وإن شاء أخذ المصبوغ والملتوت وغرم ما زاد الصبغ والسمن

وقال الإمام الشافعي يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الإمكان ويسلمه لصاحبه وإن انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان بخلاف السمن لتعذر التمييز

ولنا أن الصبغ مال متقوم كالثوب وبجنايته لا يسقط تقوم ماله فيجب ضمانه حقهما ما أمكن فكان صاحب الثوب أولى بالتخيير لأنه صاحب الأصل والآخر صاحب وصف وهو قائم بالأصل وكذا السويق أصل والسمن تبع بخلاف البناء لأن التمييز (((التميز))) ممكن بالنقض وله وجود بعد النقض فأمكن إيصال حق كل واحد منهما إليه والصبغ يتلاشى بالغسل فلا يمكن إيصاله إلى صاحبه وبخلاف ما إذا انصبغ من غير فعل أحد كإلقاء الريح حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار بل يؤمر صاحب الثوب بتملك الصبغ بقيمته وظاهر العبارة انحصار الحكم فيما ذكر

وقال أبو عصمة في مسألة الغصب إن شاء رب الثوب باعه فيضرب كل واحد منهما بقيمة ماله وهذا وجه حسن في وصول حق كل واحد منهما إلى صاحبه وتتأتى بغرامة يضمن فيها مثل هذا فيما إذا كان انصبغ بنفسه أيضا

والجواب في اللت كالجواب في الصبغ أنه يضمن مثل السويق وفي الصبغ قيمته لأن السويق والسمن من ذوات الأمثال بخلاف الصبغ والثوب

وقال في الكافي قال في المبسوط يضمن قيمة سويقه لأنه يتفاوت القلي فلم يكن مثليا كالخبز وما روي عن الإمام أنه إذا صبغ الثوب اسود فهو نقصان وعندهما زيادة كالخمرة (((كالحمرة))) والصفرة راجع إلى اختلاف عصر وزمان فإن بني أمية في زمانه كانوا يمنعون عن لبس السواد وفي زمانهما بنو العباس كانوا يلبسون السواد ولا خلاف في الحقيقة ولهذا لم يتعرض في المختصر للون الصبغ لأن من الثياب ما يزاد بالسواد ومنها ما ينقص والمعتبر هو الزيادة والنقصان حقيقة فلو صبغه فنقصه الصبغ بأن كانت قيمته ثلاثين درهما فرجعت بالصبغ إلى عشرين فعند محمد ينظر إلى ثوب يزيد فيه ذلك الصبغ فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة لان صاحب الثوب وجب له على الغاصب ضمان نقصان قيمة ثوبه عشرة ووجب عليه للغاصب قيمة صبغة خمسة فالخمسة بالخمسة قصاصا ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة رواه هشام عن محمد قال الشارح وهو مشكل من حيث إن المغصوب منه لم يصل إليه المغصوب كله وإنما وصل إليه بعضه وكان من حقه أن يطالب إلى تمام حقه فكيف يتوجه عليه الطلب وهو لم ينتفع بالصبغ شيئا ولم يحصل به إلا تلف ماله وكيف يسقط عن الغاصب بعض قيمة المغصوب بالإتلاف والإتلاف مقرر لوجوب جميع القيمة فكيف صار مسقطا

---

(١) البحر الرائق، ١١٤/٨

له هنا ولك أن تقول لا إشكال لأن الشارع ناظر إلى حق كل منهما فلو ألزمناه أن يدفع العشرة ضاع مال الغاصب وهو الصبغ مجانا وذلك ظلم والظالم لا يظلم فأوجبناها على رب الثوب فوصل إلى المغصوب منه كما ذكر كل حقه ما عليه وما يقي (((بقي))) له وكون (((كون))) الإتلاف مقررا لا ينافي كونه مسقطا لأن الإتلاف بالنظر إلى النقصان والإسقاط بالنظر إلى عين الصبغ فتأمل

قال في المحيط ولو غصب صاحب الثوب عصفرا وصبغ به ثوبه فعليه مثله لأنه مثلي ولو غصب من رجل ثوبا ومن آخر عصفرا ضمن مثل عصفره وخير رب الثوب كما ذكرنا ولو غصب ثوبا وعصفرا من رجل واحد وصبغه به كان لربهما أن يأخذه مصبوغا وبرىء الغاصب من الضمان وإن شاء ضمنه قيمة ثوبه ومثل عصفره

ولو كان العصفر لرجل والثوب لآخر فرضيا أن يأخذ الثوب مصبوغا كما لو كان لواحد ليس لهما ذلك لأنه لما اختلف المالك كان خلط المالين استهلاكا من كل وجه وإذا اتخذ المالك يكون الخلط استهلاكا من وجه دون وجه

ولو صبغ الراهن الثوب بعصفر خرج عن الرهن وضمن قيمته ولو كان الثوب والعصفر رهنا كان للمرتهن أن يضمنه قيمة الثوب ومثل عصفره وإن شاء رضي بأن يكون الثوب المصبوغ رهنا في يده في المنتقي قال هشام سألت محمدا عن رجل غصب من رجل ألف درهم وخلط بها دراهم من ماله قال مذهب أبي يوسف في هذا الباب أن دراهم المخالط إذا كانت أكثر فهو مستهلك وضمن الدراهم المغصوب

وإن كانت دراهم الخالط أقل فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمنه دراهمه وإن شاء شاركه بالمخلوط بقدر دراهمه

قلت فإن كانا سواء فما مذهب أبي يوسف قال لا أدري وأما في قولهما فالمغصوب منه بالخيار

" (١)

"والمولى أيضا مصالحا لجامعه (((معه))) على هذا الوجه راضيا به لأنه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل كان راضيا بكونه عوضا عن الكثير فإذا أعتقه صح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء وإذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد إلى المولى والأولياء بالخيار إن شاؤا عفوا عنه وإن شاؤا قتلوه

وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير رجل قطع يد رجل عمدا فصالح المقطوع يده على عبده (((عبد))) ودفعه إليه فأعتقه المقطوع يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية وإن لم يعتقد (((يعتقه))) رد على مولاه وقيل للأولياء (((للأولياء))) إما أن تقتلوه أو تعفوا عنه والوجه ما بيناه فاتحد الحكم والعلة واختلفا صورة ثم هذه المسألة وهي مسألة الصلح ترد إشكالا على قول أبي حنيفة فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث يبطل العفو ولا يجب القصاص هناك وفي هذه المسألة قال يبطل الصلح ويجب القصاص فيما إذا لم يعتق العبد وإن أعتقه فالصلح باق على حاله فالجواب أما إذا لم يعتقه فقد قيل ما ذكر في مسألة الصلح جواب القياس وما ذكر في مسألة الصلح جواب الاستحسان فيكونان على القياس والاستحسان

---

(١) البحر الرائق، ١٣٤/٨

وقيل بالفرق بينهما ووجهه أن الصلح عن الجناية على مال يقرر الجناية ولا يبطلها لأن الصلح عن الجناية استيفاء للجناية معنى باستيفاء بدلها ولهذا تعينت الجناية وتوفر عليه عقوبتها وهو القصاص أقول يرد عليه أنه إن أريد بقولهم الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها أن الصلح لا يسقط موجب الجناية بل يبقيه على حاله فهو ممنوع كيفما كان وقد صرحوا في صدر كتاب الجنايات بأن موجب القتل العمد القود إلا أن يعفو الأولياء أو يصالحوا فقد جعلوا الصلح كالعفو وفي إسقاط موجب الجنايات وإن أريد بذلك أن الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الأصل بل يقرر ذلك حيث وقع الصلح عنه على مال وإن سقوطه بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قولهم فإذا لم تبطل الجناية لم يمنع العقوبة إذا لا يلزم من عدم بطلان الجناية بمعنى ثبوتها في الأصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق رأسا بين صورتي الغد (((الغدر))) والصلح والعفو أيضا لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الأصل قبل العفو كما لا يخفي

وأما العفو فهو معدم للجناية والعفو عن القطع وإن بطل بالسراية إلى النفس لكن بقيت شبهته لوجود صورة العفو وهي كافية لدرء الحد وأما إذا أعتقه **فجوابه** هو الفرق الذي ذكرناه أن العتق يحصل صلحا ابتداء بخلاف العفو وعلى قولهما أيضا يرد في الصورتين لأنهما كانا يجعلان العفو عن القطع عفوا عما يحدث منه وفي الصلح لم يجعلا كذلك بل أوجبا القصاص عليه إذا لم يعتقه وجعلاه صلحا مبتدأ إذا أعتقه وقد قدمنا مسائل سراية الجرح فلا نعيدها والله أعلم

قال رحمه الله جنى ماذون مديون خطأ فحرره سيده بلا علم عليه قيمتان قيمة لرب الدين وقيمة لولي الجناية) لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع على الأولياء والبيع على الغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين أيضا من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية أولا ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالتفويت بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي والمسألة بحالها حيث يجب عليه قيمة واحدة للمولى بحكم الملك في رقبته فلا يظهر حق الفريقين بالنسبة إلى ملك المالك لأنه دون الملك فصار كأنه ليس فيه حق ثم الغريم أحق بتمليك القيمة لأنها مالية العبد والغريم مقدم في المالية على ولي الجنابة (((الجناية))) لأن الواجب أن يدفع إليه ثم يباع للغريم فكان مقدما معنى والقيمة هي فتسلم (((المعنى))) إليه وفي الفصل الأول كان التعارض بين الحقين وهما متساويان فيضمنهما فيظهران

وقيد بعدم العلم لأنه لو أعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية إذا كانت الجناية في النفس لأوليائه وقيمة العبد لصاحب الدين لأن الإعتاق بعد العلم موجب الأرش والأصل أن العبد إذا جتى (((جنى))) وعليه دين خير المولى بين الدفع إلى ولي الجناية والفداء فإن اختار الدفع إلى ولي الجناية دفع ثم يباع في الدين فإن فضل شيء فهو لولي الجناية لأنه بدل ملكه وإلا فلا شيء له وإن بدأ بالدفع جمعا بين الحقين لأنه أمكن بيعه بعد الدفع ولو بدأ ببيعه (((بيعه))) في الدين لا يمكن دفعه بالجناية لأنه لم يوجد في يد المشتري جناية ولا يقال لا فائدة في الدفع إذا كان يباع عليه لأنا نقول فائدته ثبوت استخلاص العبد لأن ولي الجناية ثبت له حق الاستخلاص وللإنسان أغراض في العين فإذا كان الواجب هو الدفع فلو أن للمولى دفعة إلى ولي الجناية بغير قضاء لا يضمن استحسانا لأنه فعل عين ما يفعله

". (١)

"ولو كان الآمر مكاتبا صغيرا كان أو كبيرا والمأمور صبي حر تجب الدية على عاقلة الصبي وترجع العاقلة على المكاتب بالأقل من قيمته ومن الدين لأن هذا حكم جناية المكاتب بخلاف القن فإن حكم جنايته على المولى فيجب عليه إن أمكن والإسقاط على ما بينا

وإن عجز المكاتب بعد ما قضى القاضي عليه بالقيمة تباع رقبته إلا أن يفدي المولى بديتهم والقياس أن يبطل حكم جنايته وهو قول أبي حنيفة لأنه بالعجز صار قنا وأمره لا يصلح وهما يقولان لما قضى عليه بالقيمة صار دينا عليه وتقرر فلا يسقط حتى لو عجز قبل القضاء عليه بالقيمة بطل حكم جنايته لأن حكم جنايته إنما يصير دينا عليه بالقضاء ولم يوجد وإن عجز بعد ما أدى كل القيمة لا يبطل وإن كان المأمور عبدا يخير مولاه بين الدفع أو الفداء ثم يرجع على المكاتب بقيمة المأمور إلا إذا كانت قيمته أكثر من الدية فنقص عشرة دراهم

بقي **إشكال** وهو أن يقال إن هذا ضمان الغصب ففيه يضمن قيمته بالغة ما بلغت فكيف ينقص عشرة دراهم كضمان الجناية **فجوابه** هذا الغصب لكن يحصل بسبب الجناية فاعتبر بها في حق التقدير

وإن عجز المكاتب فمولى المأمور ويطلب (((يطالب))) مولى المكاتب ببيعه لأن ضمان الغصب لا يسقط بعجز المكاتب وإن أعتق المولى المكاتب فالمأمور بالخيار إن شاء رجع بجميع قيمة المأمور على المعتق وبالفضل على المعتق لأنه ضمان غصب فلا يبطل بالإعتاق وإن شاء رجع على المولى بقدر قيمة المعتق إلى تمام قيمة المأمور

وإن كان المأمور مكاتبا يجب على المأمور ضمان قيمة نفسه ولا يرجع به على الآمر لأنه تعذر أن يجعل ضمان غصب لأن المكاتب حر من وجه فلا يكون محلا للغصب صغيرا كان أو كبيرا لأن المكاتب الصغير ملحق بالكبير فصار كالحر البالغ العاقل إن كان مأمورا

قيد بقوله عجز لأنه لو جنى قبل العجز لا يباع بل يخير المولى

قال في المحيط مكاتب جنى جنايات أو واحدة كان على المولى الأقل من قيمته ومن أرش الجنايات لأن المكاتب مملوك رقبة حر يدا مطلقا وتصرفا فباعتبار أنه مملوك رقبة تكون جنايته على المولى وباعتبار أنه حر يدا وكسبا يجب أن يكون موجب جنايته عليه على أن إكسابه حق له وقد تعذر دفعه بموجب الجناية فيجب عليه الأقل من القيمة ومن الأرش وإن تكررت الجنايات قبل القضاء لزمه قيمة واحدة ولو جنى فقضى عليه ثم جنى أخرى يقضي عليه بقيمة أخرى خلافا لأبي يوسف

ولو قتل رجلا ولم يقض عليه حتى عجز وعليه دين دفع بالجناية ثم يباع في الدين وإن فداه بيع بالدين ولو مات عن مال قضى في ماله بالجناية ثم بالكتابة ثم بالإرث لأنه مات عن وفاء فلا تنفسخ الكتابة وإن كان عليه دين وجناية فقضى عليه بالجناية فالدين والجناية سواء لأن الجناية صارت دينا بالقضاء وإن لم يقض بالجناية فحكم ما تقدم

---

(١) البحر الرائق، ٤٢٥/٨

مكاتبة جنت ثم ولدت ولم يقض دفعت وحدها ولو قضى عليها ثم ولدت بيعت فإن وفى ثمنها بالجناية وإلا بيع ولدها لأن الولد المولود في الكتابة حكمه حكم أمه

ولو كاتب نصف أمته فجنى أحدهما على صاحبه لزم الجاني الأقل من قيمته ومن نصف الجناية وجناية عبد المكاتب كجناية عبد الحر ولو جنى المكاتب على مولاه أو على عبد مولاه أو على قيمته ومن نصف الجناية وجناية عبد المكاتب كجناية عبد الحر ولو جنى المكاتب على مولاه أو على عبد مولاه أو على ابن مولاه كانت الجناية عليهم كالجناية على غيرهم لأن جناية المكاتب عليهما معتبرة وإذا كان مكاتب بين اثنين يعتير (((يعتبر))) كل نصف منه على حدة في الأحكام المتقدمة بناء على أن الكتابة تتجزىء

ولو كانت أمة مشتركة فكاتبها أحدهما بغير إذن شريكه فولدت وكاتب الآخر نصيبه من الولد ثم جنى الولد على الأم أو الأم عليه لزم كل واحد منهما ثلاثة أرباع قيمة المقتول عند الإمام ولو أقر المكاتب بالجناية

المبسوط أصله أن المكاتب في حق جناية توجب المال بمنزلة الحر لأنه استيجاب المال على نفسه والمكاتب من أهل استيجاب المال على نفسه بخلاف العبد لو أقر بجناية توجب المال لا يصح لأن موحبها (((موجبها))) يجب على مولاه فجعل مقرا على مولاه فلم يصح

وإذا أقر المكاتب بجناية عمدا أو خطأ لزمه لأنه في حق الجناية ملحق بالحر ولو قضى عليه بجناية خطأ ثم عجز هدر موجبه عند أبي حنيفة وعندهما يؤخذ ويباع فيها بناء على أن المكاتب لو أقر بجناية موجبة للمال لا يؤاخذ به ولو عجز عنده وصار دينا عليه أو لا

وعندهما يؤخذ به إذا صار دينا عليه بالقضاء

ولو أعتق ضمن قضى بها أو لا وكذلك لو صالح ولي العمد وقد أقر به ثم عجز هدرت عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يباع فيه لأن القصاص بعد الصلح صار موجبا للمال وأصل الجناية ثبت بإقراره

ومن أقر بجناية

." (١)

"فأما إذا كان نهرا صغيرا انحدر من الفرات أو نحوه لأقوام معروفين فإنه تجب القسامة على أصحاب النهر والدية على عاقلتهم

وفي الكافي والنهر الصغير ما يستحق بالشركة فيه الشفعة وإلا فهو عظيم كالفرات وجيحون

ولم يتعرض المؤلف لما إذا وجد في بيت من ثبتت له بعض الحرية

---

(١) البحر الرائق، ٨/٤٢٩

وفي الخانية ولوجد المكاتب قتيلا في دار اشتراها لا يجب فيه شيء في قولهم جميعا وفي المكاتب سوى أبو حنيفة أيضا بين ما إذا وجد قتيلا في داره وبين ما إذا وجد غيره قتيلا إلا أنه إذاوجد غيره قتيلا لا تجب الدية على العاقلة لأنه لا عاقلة للمكاتب وإنما تجب عليه لأن عاقلته نفسه ولو وجد جميع أهل المحلة فلا تجب الدية على عواقلهم وتسقط القسامة

وذكر في المنتقى عن ابن أبي مالك عن أبي حنيفة أن من وجد قتيلا في دار نفسه فليس فيه قسامة ولا دية

وروى الحسن ابن زياد عن أبي يوسف أنه قال على سكان القبيلة وعلى عاقلة المقتول دية

قالوا وهو قول أبي حنيفة فرواية ابن أبي مالك تخالف رواية الأصول

وفي الذخيرة وفي شرح شيخ الإسلام إذا وجد قتيل في محلة وزعم أهل المحلة أن رجلا منهم قتله ولم يدع ولي القتيل على واحد منهم بعينه لم تسقط عنهم القسامة والدية ورواية الحسن بن زياد إذا وجد العبد أو المكاتب أو المدبر أو أم الولد الذي سعى في بعض قيمته قتيلا في محلة فعليهم القسامة وتجب القيمة على عواقل أهل المحلة في ثلاث سنين وقد روي عن أبي يوسف أنه لا يجب عليهم شيء في العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد وهذا يجعل كجناية على البهائم ولهذا قال بأنه تجب قيمته بالغة ما بلغت إذا كان خطأ وإذا كان عمدا يجب القصاص

وأما معتق البعض فإنه تجب فيه القسامة والدية عندهم جميعا لأنه بمنزلة الحر عند أبي يوسف ومحمد والحر إذا وجد قتيلا في محلة فإنه تجب على أهل المحلة القسامة والدية وعند أبي حنيفة هو بمنزلة المكاتب في الحكم إذا وجد قتيلا في محلة عنده

هذا وفي شرح الطحاوي ولو وجد القتيل في دار المكاتب فإنه تكرر عليه الأيمان فإن حلف يجب عليه الأقل من قيمته ومن الدية إلا عشرة لأن المكاتب عاقلة نفسه

وفي التجريد والأعمى والمحدود في القذف والكافر القسامة عليهم وإذا وجد العبد قتيلا في دار مولاه فلا شيء فيه لأن المولى صار قاتلا له حكما بملك الدار فيعتبر بما لو باشر ولو باشر لم يكن على المولى شيء فكذا هذا قالوا وهذا إذا لم يكن على العبد دين فأما إذا كان على العبد دين فإنه يضمن المولى الأقل من قيمته ومن الدين

وقد نص محمد على هذا التفصيل في كتاب المأذون

قال رحمه الله (وإن التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فعلى أهل المحلة القسامة والدية إلا أن يدعي الولي على أولئك أو على معين منهم) لأن القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم فتكون القسامة والدية عليهم إلا إذا أبرأهم الولي بدعوى القتيل على واحد منهم بعينه فيبرأ أهل المحلة ولا يثبت على عاقلته إلا بحجة على ما بينا

وقوله على معين منهم إن أريد به الواحد من أهل المحلة ليستقيم على قول أبي يوسف لأن أهل المحلة يبرؤن (((يبرءون))) بدعوى الولي على واحد منهم معين وهو القياس وعندهما لا يبرؤن (((يبرءون))) وهو استحسان وبينان (((وبيناه))) في أوائل الباب فلا يستقيم

وإن أريد به واحد من الذين التقوا بالسيوف ويستقيم بالإجماع

وقال أبو جعفر في كشف الغوامض هذا إذا كان الفريقان غير متناولين اقتتلو (((اقتتلوا))) عصبة وإن كانوا مشركين أو خوارج فلا شيء فيه ويجعل ذلك من إصابة العدو

وإذا كان القتال بين المسلمين والمشركين في دار الإسلام ولا يدري القاتل يرجح حال قتلى المشركين حملا لأمر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون المسلمين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين فإن قيل الظاهر أن قاتله من غير المحلة وأنه من خصمائه قلنا قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم كذا في النهاية والعناية

أقول يرد على هذا **الجواب** أن يقال ما بالكم (((بالحكم))) تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم موجبا لاستحقاق القسامة والدية على أهل المحلة ولا يجعلون ذلك الظاهر وهو كون قاتله خصماءه (((خصماؤه))) من غير أهل المحلة دفعا للقسامة والدية عن أهل المحلة مع أن الأصل الشائع أن يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق فالأظهر في **الجواب** أن يقال الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة لورود النص بإضافة القتيل إليهم عند **الإشكال** فكان العمل بما ورد فيه النص أولى وسيأتي مثل هذا عن قريب إن شاء الله تعالى

قال في الهداية وإن كان القوم لقوا قتالا

---

(١) ".

"لا يلزم فيورث فكذا هذا وأما عندهما فلأن هذا معصية فلا يصح وإن كانت قربة في معتقدهم بقي **إشكال** على قول أبي حنيفة وهو أن هذا عندهم كالمسجد عندنا والمسلم ليس له أن يبيع المسجد فوجب أن يكون الذمي كذلك لأنهم عنده يتركون وما يعتقدون

وجوابه أن المسجد محرز عن حقوق العباد فصار خالصا لله ولا كذلك البيع في حقهم فلأنها لمنافع الناس لأنهم يسكنون فيها ويدفنون فيها أموالهم (((أمواتهم))) فلم تصر محرزة عن حقوقهم فكان ملكه فيها تاما وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضا على ما يجيء بيانه

قال رحمه الله (وإن أوصى بذلك لقوم مسلمين (((مسمين))) فهو من الثلث) أي إذا أوصى أن يبني داره بيعة أو كنيسة لمعينين فهو جائز من الثلث لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك فأمكن تصحيحها على اعتبار المعنيين

قال رحمه الله (وبداره كنيسة لقوم غير مسمين صحت كوصية حربي مستأمن بكل ماله لمسلم أو ذمي) يعني إذا أوصى بداره بأن تبني كنيسة لقوم غير مسمين صحت كما تصح لحربي الخ

أما الأول وهو ما إذا أوصى إلى قوم مسمين فهو قول أبي حنيفة وعندهما الوصية باطلة لأنها معصية حقيقة وإن كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لأن تنفيذها تقرير للمعصية

---

(١) البحر الرائق، ٨/٤٥٣

ولأبي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم ونحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون فيجوز بناء على معتقدهم ألا ترى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة وهو معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه

ثم الفرق لأبي حنيفة بين بنائها وبين الوصية بها أن البناء ليس بسبب لزوال الملك وإنما يزول ملك الباني (((الباقي))) بأن يصير محرزا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لا تحرز لله تعالى على ما بيناه فيورث عنه بخلاف الوصية لأنها وضعت لإزالة الملك غير أن ثبوت مقتضى الوصية وهو الملك امتنع فيما ليس بقربة عندهم فيبقى فيما هو قربة عندهم على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث

قال مشايخنا هذا فيما أوصى ببنائها في القرى وأما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لأنهم لا يمكنون من إحداث البيعة في الأمصار

وعلى هذا الخلاف إذا أوصى بأن يذبح خنازيره ويطعم المشركين من غير تعيين لما ذكرنا وإن كان لقوم معينين جاز بالاتفاق

فحاصله أن وصايا الذمي على ثلاثة أقسام وهو ماإذا أوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس أو بأن يغزي الترك وهو من الروم سواء كان لقوم (((القوم))) معينين أو غير معينين لأنه وصية بما هو قربة عندنا وفي معتقدهم أيضا قربة

ومنها ما هو باطل بالاتفاق وهو ما إذا أوصى بما هو ليس بقربة عندنا ولا عندهم كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات أو أوصى بما هو قربة عندنا وليس في معتقدهم كما إذا أوصى بالحج وببناء المساجد للمسلمين أو بأن تسرج مساجدنا لأنه معصية عندهم إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح باعتبار التمليك

ومنها ما هو مختلف فيه وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندهم وليس بقربة عندنا كبناء الكنيسة لقوم غير معينين ونحوه

فعند أبي حنيفة يجوز وعندهما لا يجوز

فإن كان لقوم معينين يجوز في الكل على أنه تمليك لهم وما ذكره من الجهة من تسريح (((تسريج))) المساجد ونحوه خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الإلزام حتى لا يلزم (((يلزمهم))) أن يصرفوه في الجهة التي عينها هو بل يفعلون به ما شاؤوا ولأنه ملكهم والوصية إنما صحت باعتبار التمليك لهم

وصاحب البدعة إذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لأنا أمرنا ببناء الأحكام على ظاهر الإسلام وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته

قال صاحب الهداية في المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة بخلاف المرتد لأنه يقتل أو يسلم فجعلها كالذمية

وقال السغناقي في النهاية ذكر صاحب الكتابة (((الكتاب))) في الزيادات الخلاف على هذا

وقال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية

والفرق بينهما (((بينها))) وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها ا هـ

وقال صاحب العناية بعد أن نقل هذا من النهاية والظاهر أن لا منافاة بين كلاميه لأنه قال هناك الصحيح وههنا الأصح وهما يصدقان ا ه

أقول هذا ليس بشيء إذ لا شك أن مراد من قال في الخلافيات هو الصحيح ترجيح هذا القول على القول الآخر لا بيان مجرد صحته مع الآخر كما أن مراد من قال هو الأصح ترجيحه على الآخر بل قوله هو الصحيح أدل على الترجيح من قوله هو الأصح ولا ريب أن ترجيح أحدهما على الآخر ينافي

". (١)

" سباع الطير فقد قيل هو **جواب** الاستحسان والقياس أن يكون نجسا لأن لحمها حرام كسباع البهائم وجه الاستحسان أنها تشرب بمنقارها وهو عظم جاف بخلاف سباع البهائم فإنها تشرب بلسانها وهو رطب بلعابها ولأن في سؤر سباع الطير ضرورة وعموم بلوى فإنها تنقض من علو وهواء فلا يمكن صون الأواني عنها لاسيما في البراري فأشبهت الحية ونحوها وعن أبي يوسف أن ما يقع منها على الجيف فسؤره نجس وما يأكل اللحم المذكى لا يكره سؤره وأما سؤر سواكن البيت فللضرورة والقياس أن يكون نجسا لأن لحمها نجس وجه الاستحسان أن طوفها ألزم وهو العلة في الباب لسقوط النجاسة وإليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله في الهرة إنها من الطوافين عليكم والطوافات قال رحمه الله (والحمار والبغل مشكوك) أي سؤرهما مشكوك فيه أما الحمار فلتعارض الأدلة لأنه قد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمر يوم خيبر بإكفاء القدور من لحوم الحمر الأهلية وقال إنه رجس وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لأبجر بن غالب حين قال له ليس لي إلا حميرات كل من سمين مالك وكان ابن عباس يقول كل ما يعتلف القت والتبن فسؤره طاهر وكان ابن عمر يقول إنه رجس ولأنه يشبه الكلب من حيث أنه غير مأكول اللحم ويشبه الهرة من حيث أنه يربط في الدور والأفنية فتعارضت الأدلة فيه فوقع الشك ثم قيل الشك في طهارته لما ذكرنا من أنه يشبه الكلب من وجه والهرة من وجه وقيل في طهوريته لأنه يشبه الهرة من الوجه الذي ذكرنا فيكون طهورا باعتباره ويفارقها من حيث أنه لا يدخل المضايق ولا يصعد الغرف فكان البلوى فيه دونها في الهرة فيخرج من أن يكون طهورا باعتباره فأوجب الشك في الطهورية وقيل الشك في الطهارة والطهورية جميعا وأما البغل فهو من نسل الحمار فيكون بمنزلته هكذا قالوا فيه وهذا إذا كانت أمه أتانا فظاهر لأن الأم هي المعتبرة في الحكم وإن كانت فرسا ففيه **إشكال** لما ذكرنا أن العبرة للأم ألا ترى أن الذئب لو نزا على شاة فولدت ذئبا حل أكله ويجزي في الأضحية فكان ينبغي أن يكون مأكولا عندهما وطاهرا عند أبي حنيفة اعتبارا للأم وفي الغاية إذا نزا الحمار على الرمكة لا يكره لحم البغل المتولد منهما عن محمد فعلى هذا لا يصير سؤره مشكوكا فيه وروي عن أبي حنيفة في لعابهما (((لعابها))) ثلاث روايات في رواية طاهر وفي رواية أخرى نجس نجاسة مخففة وفي رواية مغلظة والصحيح أن لعابهما وعرقهما ولبن الأتان طاهر وإنما لم يجز الوضوء بسؤرهما للشك الذي تقدم فلا ينجس ما هو طاهر بيقين ولا يرفع الحدث الثابت بيقين قال رحمه الله (يتوضأ به ويتيمم

---

(١) البحر الرائق، ٥١٩/٨

(١) ".

" أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) ^ ونصف المسمى خمسة دراهم وعند زفر رحمه الله تجب المتعة إذا سمى أقل من عشرة بناء على ما تقدم من مذهبه أنه كانعدامه وفي العشرة يجب النصف بالإجماع لما تلونا وقال صاحب الهداية الأقيسة متعارضة ومراده قياسان بيانه أن فيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره ومقتضاه وجوب جميع المهر لا سيما إذا كان بعد عرض نفسها عليه كالمشتري إذا أتلف المبيع في يد البائع وفيه أيضا عود المعقود عليه وهو البضع إليها سالما ومقتضاه أن لا يجب لها شيء لا سيما إذا كان بسؤالها كالتقايل في البيع فتعارضا فرجعنا إلى النص فإن قيل هذا يشير إلى أن القياس مقدم على النص حيث رجع إلى النص لتعذر العمل بالقياس والمذهب أن القياس لا يصار إليه إلا عند عدم النص قلنا النص مخصوص بالخلوة وتسمية الخمر ونحوها حيث لا يتنصف المسمى فيهما بل يجب كل المهر في الأول والمتعة في الثاني والقياس يعارض مثله وهو المذهب ورد في الغاية هذا **الجواب** فقال لا يجوز ترك النص المخصوص بالقياس وإنما يجوز زيادة التخصيص به وهذا لا يكاد يصح لأنهم لم يختلفوا في أن القياس يعارض النص المخصوص وإنما اختلفوا في جواز الاحتجاج به بعد التخصيص فمذهب الكرخي أنه لا يبقى حجة أصلا عارضه القياس أو لا والصحيح أنه يبقى حجة لا على اليقين فيعمل به إذا لم يعارضه حجة شرعية من خبر الواحد وقول الصحابي والقياس ولأنه ليس فيه ترك النص المخصوص بالقياس هنا فلا يرد عليه ما ذكر ثم ذكر في الحواشي سؤالا فقال فإن قيل ليس من شأن التعارض بين القياسين تركهما بل العمل بأحدهما قلنا إنما يجوز العمل بأحدهما إذا لم يخالفهما نص على أن التنصيف عمل بكل واحد منهما من وجه فإن القياس المقتضي لوجوب الكل يعمل به في إيجاب النصف والقياس المقتضي لسقوط الكل يعمل به في إسقاط النصف وهو مقتضى النص أيضا وقال صاحب الغاية ردا لما ذكره في الحواشي الأصل إذا تعارض الحجتان ولم يمكن ترجيح إحداهما على الأخرى تهاترتا وتساقطتا ولا يعمل بإحداهما وهو سهو منه أيضا لأن ذلك في الآيتين أو السنتين أما إذا وقع التعارض بين القياسين أو بين أقوال الصحابة لا يسقطان بل يجب العمل بأحدهما لأن التعارض من حكم جهلنا بالناسخ فيختص بمحل يقبل النسخ وهو الكتاب أو السنة وأما القياس وأقوال الصحابة فلا يتصور نسخ بعضه ببعض فلا يتعارضان في الحقيقة وإنما هو يشبه التعارض صورة فلا يبطل أحدهما بالآخر بل يجب العمل بأحدهما بشهادة قلبه فيختار أيهما شاء فحاصله أن في قوله والأقيسة متعارضة **إشكالا** من أربعة أوجه أحدها أن القياس لا يعتبر مع وجود النص فكيف اعتبره هنا والثاني أن القياسين إذا تعارضا لا يتركان بل يعمل بأحدهما فكيف تركهما هنا والثالث أن القياسين لا يتعارضان في الحقيقة فكيف قال متعارضة وقد تقدم **جواب** الثلاثة والوجه الرابع أن الحجتين إذا تعارضتا يصار إلى الأضعف لا إلى الأقوى كالآيتين مثلا إذا تعارضتا يصار إلى السنة وإذا تعارض السنتان يصار إلى قول الصحابة أو القياس فكيف صار هنا لتعارض القياسين إلى الكتاب **فجواب** هذا قد تقدم أيضا وهو أن النص المخصوص أضعف من القياس فلهذا صار إليه بعد التعارض قال رحمه الله (وإن لم يسمه أو نفاه فلها مهر مثلها) أي وإن لم يسم المهر في العقد أو نفاه

(١) تبيين الحقائق، ١/٣٤

فلها مهر مثلها إن وطئ أو مات عنها وكذا إذا ماتت هي لأن الواجب بالعقد في مثله مهر المثل ولهذا كان لها أن تطالبه به قبل الدخول فيتأكد ويتقرر بموت أحدهما أو بالدخول على ما مر في المهر المسمى في العقد وقال الشافعي رحمه الله لا يجب بنفس العقد شيء وكذا بالدخول والموت عند بعضهم لأن المهر خالص حقها فتتمكن من

(١) ".

" الخطر فيها والأصل فيها إن وهي صرف الشرط وما وراءها ملحق بها لما فيها من معنى الشرط لأنها تدل على الوقت الذي هو علم عليه وكلمة كل وإن كانت تدخل على الأسماء لكنها جعلت منها لأن الاسم الذي تدخل عليه يلازمه الفعل فكانت منها بهذا الاعتبار ومن جملة ألفاظ الشرط لو ومن وأي وأيان وأين وأنى ثم **الجواب** إذا تأخر عن الشرط يكون بالفاء إن لم يؤثر فيه الشرط لا لفظا ولا معنى وذلك في سبع مواضع نظموها موزونا في قوله ٪ (طلبية واسمية وبجامد ٪ وبما ولن وبقد وبالتنفيس) ٪ | وإن تقدم فلا تدخل فيه الفاء واختلفوا فيه هل هو الجزاء أو يقدر بعد الشرط من جنسه فإذا عرفنا هذا فنقول لو قال لامرأته إن دخلت الدار أنت طالق طلقت للحال لعدم الرابط وهو الفاء فإن نوى تعليقه يدين وكذا إن نوى تقديمه وفي رواية عن أبي يوسف لا يتنجز حملا لكلامه على الفائدة وهو أولى من إلغائه فيضمر الفاء كقوله ٪ (من يفعل الحسنات الله يشكرها ٪ الشر بالشر عند الله مثلان) ٪ | وهذا يبطل بما إذا أجاب بالواو فإنه يتنجز ويلغو الشرط مع أنه يمكن تعليقه حتى لو نواه يدين وفي الحكم روايتان ذكره في الغاية ولو أخر الشرط وأدخل الفاء في الشرط لا رواية فيه ويمكن أن يقال يتنجز لأن الفاء فاصلة ويمكن أن يقال يتعلق لأن الفاء حرف تعليق ولو قال أنت طالق إن فعند محمد يتنجز لعدم ذكر ما يتعلق به وعند أبي يوسف لا لأن ذكره بيان إرادته التعليق ولو قال أنت طالق دخلت الدار يتنجز لعدم التعليق والصفة المعتبرة كالشرط مثل أن يقول المرأة التي أتزوجها طالق أو المرأة التي تدخل الدار طالق وذلك في غير المعينة قال رحمه الله (ففيها إن وجد الشرط انتهت اليمين) يعني في الألفاظ التي تقدم ذكرها إذا وجد الشرط انتهت اليمين وانحلت لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدون الشرط وذكر في الغاية رجل قال لنسوة له من دخل منكن الدار فهي طالق فدخلت واحدة منهن مرارا طلقت بكل مرة تطليقة لأن الفعل وهو الدخول أضيف إلى جماعة فيراد به تعميم الفعل عرفا مرة بعد أخرى كقوله تعالى ! ٢ (٢) ٢ ! أفاد العموم واستدل عليه بما ذكر في السير الكبير إذا قال الإمام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما وفيه **إشكال** لأن عموم الصيد لكون الواجب فيه مقدرا بقيمة المقتول وفي السلب بدلالة حاله وهو أن مراده التشجيع وكثرة القتل وذهب بعض الناس إلى أن متى تقتضي التكرار واستدل عليه بقول الشاعر ٪ (متى تأته تعشو إلى ضوء ناره ٪ تجد خير نار عندها خير موقد) ٪ | وقال آخر ٪ (متى تأتنا تلمم بنا في ديارنا ٪ تجد حطبا جزلا ونارا تأججا) ٪ | وفي المحيط وجوامع الفقه لو قال أي امرأة أتزوجها فهي طالق فهو على امرأة واحدة بخلاف كل امرأة أتزوجها حيث يعم الصفة

(١) تبيين الحقائق، ١٣٩/٢

(٢) ومن قتله منكم متعمدا

وهو أيضا مشكل حيث لم يعم قوله أي امرأة أتزوجها بعموم الصفة قال رحمه الله (إلا في كلما لاقتضائه عموم الأفعال كاقتضاء كل عموم الأسماء) لأن كلمة كلما وكل تفيد عموم ما دخلت عليه غير أن كلما تدخل على الأفعال وكل تدخل على الأسماء فيفيد كل واحد منهما عموم ما دخلت عليه قال الله تعالى ! ٢ (١) ٢ ! وقال تعالى ^ (وكل شيء فصلناه تفصيلا) ^ فإذا وجد فعل واحد أو اسم واحد فقد وجد المحلوف عليه فانحلت اليمين في حقه وفي حق غيره من الأفعال والأسماء باقية على حالها فيحنث كلما وجد المحلوف عليه فيهما لا إلى نهاية ولا يقال إذا كانت اليمين بكلما فتكرر الشرط حتى بانت بثلاث ثم عادت إليه بعد زوج فوجد الشرط لا يقع شيء

---

(٢) ".

" به إحصانها فلا حاجة إلى ذكره بخلاف القذف فإنه لا يسقط به الإحصان حتى يحد فلا بد من وجود الحد فيه ، ولا يتصور أن يتزوجها أيضا بعدما زنت ، وحدت لأن حدها الرجم لكونها محصنة لأن اللعان لا يجري إلا بين محصنين إلا إذا لاعنها قبل الدخول بها أو كانت كافرة أو أمة أو صغيرة أو مجنونة فزال ذلك ، وصارت محصنة ، ولم يقربها بعدما صارت محصنة حتى قذفها فإنه يلاعن بينهما ، ولا ترجم إذا زنت لعدم شرطه ، وهو الدخول عليها ، وهما على صفة الإحصان ، وكان الفقيه المكي رحمه الله يقول أو زنت بتشديد النون أي نسبت غيرها إلى الزنا ، وهو القذف فعلى هذا يكون ذكر الحد فيه شرطا على ما بينا فزال **الإشكال** . قال رحمه الله (ولا لعان بقذف الأخرس) ، وقال الشافعي يجب اللعان به لأن إشارته كالصريح ، ولنا أنه قائم مقام حد القذف في حقه ، وقذفه لا يعرى عن شبهة ، والحدود تدرأ بها ، ولأنه لا بد من أن يأتي بلفظ الشهادة في اللعان حتى لو قال أحلف مكان أشهد لا يجوز ، وإشارته لا تكون شهادة ، وكذلك إذا كانت هي خرساء لأن قذفها لا يوجب الحد لاحتمال أنها تصدقه أو لتعذر الإتيان بلفظ الشهادة . قال رحمه الله (ولا ينفي الحمل) لأنه لا يتيقن بقيامه عند القذف لاحتمال أنه انتفاخ ، وهذا عند أبي حنيفة وزفر رحمه الله تعالى ، وقال أبو يوسف ومحمد يلاعن بينهما وقت الوضع إذا وضعته لأقل من ستة أشهر لأنا تيقنا بقيام الحمل عند القذف فيتحقق القذف ، وصار كنفيه بعد الولادة ، وكونه حملا لا ينافيه كما لا ينافي ثبوت حقه من عتق ونسب ووصية وإرث ، وقال الشافعي يلاعن بينهما في الحال قبل أن تضع لحديث هلال بن أمية أنه عليه الصلاة والسلام لاعن بينه وبين امرأته ، وكان قد قذفها وهي حامل بدليل قوله عليه الصلاة والسلام ﴿ أبصروها فإن جاءت به أصيهب أريصح أثيبج حمش الساقين فهو لهلال ، وإن جاءت به أورق جعدا جماليا أكحل سابغ الأليتين خدلج الساقين فهو لشريك ابن سحماء ﴾ ، ولأن الأحكام تتعلق به شرعا على ما ذكرناه ، ويعرف وجوده بالظهور ، ولهذا ترد المبيعة بعيب الحبل قلنا لا يتيقن بوجود الحمل فلا يكون قذفا بيقين فصار كالمعلق بالشرط فكأنه قال إن كان بك حبل فهو من الزنا فلا يكون به قاذفا كما لو قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت زانية وهذا لأنه إن لم تكن زانية قبل الشرط لا تكون زانية به ، ولا يقاس أنه ليس بمعلق

---

(١) كلما أوقدوا نارا للحرب أطفأها الله

(٢) تبيين الحقائق، ٢/٢٣٤

بل هو موقوف حتى إذا ولدت تبين أنه كان قذفا من ذلك الوقت لما عرف أن التعليق بالشيء الكائن تنجيز لأنا نقول كل موقوف فيه شبهة التعليق إذا لا يعرف حكمه إلا بعاقبته ، وهو كالشرط في حقنا ، وشبهة التعليق كحقيقته في الحدود ، ولعان هلال كان بقذفها بالزنا لا بنفي الحمل لأنه شهد عليها بالزنا عنده عليه الصلاة والسلام هكذا ذكره أحمد بن حنبل رحمه الله فلا يلزم حجة يحققه أنه لو كان بنفي الحمل لنفاه عليه الصلاة والسلام عن أبيه أشبهه أو لم يشبهه كما لو تلاعنا بنفيه بعد الولادة فإنه ينفي كيفما كان ، ولا ينظر إلى الشبه ، **والجواب** عن الأحكام يأتي من قريب إن شاء الله تعالى . قال رحمه الله (وتلاعنا بزنيت ، وهذا الحمل منه) أي بقوله زنيت ، وهذا الحمل من الزنا لوجود القذف منه صريحا قال رحمه الله (ولم ينف الحمل) أي لا ينفي القاضي الحمل ، وقال الشافعي رحمه الله ينفيه لأنه عليه الصلاة والسلام نفى ولد هلال عنه ، وقد قذفها حاملا ، ولأن الأحكام تتعلق به بدليل ما ذكرنا من الأحكام قلنا الأحكام لا تترتب على الحمل للاحتمال ، والإرث ، والوصية يتوقفان على الولادة فيثبتان للولد لا للحمل ، وكذا العتق لأنه يقبل التعليق بالشرط ، وإنما كان له الرد بالعيب لأن الحمل ظاهر ، واحتمال الريح شبهة ، والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة بل يثبت معها ، وكذا النسب يثبت مع الشبهة بخلاف اللعان لأنه من الحدود فلا يثبت معها . قال رحمه الله (ولو نفى الولد عند التهنئة وابتياع آلة الولادة صح ، وبعده لا ولاعن فيهما) أي لو نفى ولد امرأته في الحالة التي تقبل التهنئة فيها ، وتبتاع آلة الولادة صح ، وبعدها لا يصح ، ويلاعن فيهما أي فيما إذا صح نفيه ، وفيما إذا لم يصح لوجود القذف فيهما ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يصح نفيه في مدة النفاس لأنه إذا طالت المدة لا يصح نفيه ، وإذا قصرت يصح لأن وجود قبول التهنئة منه ، ودلالته تمنع صحة النفي إجماعا ، وإذا لم يوجد يصح نفيه اتفاقا فطول المدة دليل القبول اتفاقا

---

(١) ".

" ستة أشهر من وقت الإقرار ، ولأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق يثبت نسبه لظهور كذبها بيقين ، وإلا لم يثبت لأن الجهة ، وهو الاعتداد بالأشهر قد تعينت بدون الإقرار فمع الإقرار أولى بخلاف الآيسة إذا أقرت بانقضاء عدتها مفسرا بالأشهر ثم جاءت بولد لأقل من سنتين حيث يثبت نسبه ، والفرق أن الآيسة بالولادة تبين أنها لم تكن آيسة بل كانت من ذوات الأقراء ، ولا كذلك الصغيرة ، ولهذا لم تستأنف العدة إذا حاضت بعد انقضائها ، والآيسة تستأنف . قال رحمه الله (والموت لأقل منهما) أي ويثبت نسب ولد معتدة الموت إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الموت ، وقال زفر رحمه الله إذا ولدته لتمام عشرة أشهر وعشرة أيام من حين مات لا يثبت النسب لما ذكرنا في الصغيرة من تعين عدتها بالأشهر ، ونحن قد ذكرنا الفرق هناك بينهما ، والصغير إذا توفى عنها زوجها فإن أقرت بالحبل فهي كالكبيرة يثبت نسبه إلى سنتين لأن القول قولها في ذلك ، وإن أقرت بانقضاء عدتها بعد أربعة أشهر وعشر ثم ولدت لستة أشهر فصاعدا لم يثبت النسب منه ، وإن لم تدع حبلا ، ولم تقر بانقضاء العدة فعند أبي حنيفة ومحمد إن ولدت لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام ثبت النسب منه ، وإلا لم يثبت ، وعند أبي يوسف يثبت إلى سنتين ، والوجه ما بينا في المعتدة الصغيرة من

---

(١) تبيين الحقائق، ٣/٢٠

الطلاق والآيسة إذا طلقها زوجها بائنا أو رجعيا ، ولم تقر بانقضاء عدتها حتى ولدت كان **الجواب** فيها ، وفي ذوات الأقراء سواء لأنها لما ولدت بطل إياسها ، وإن أقرت بانقضاء عدتها بالأشهر فكذلك **الجواب** حتى يثبت نسبه إلى سنتين إن كان الطلاق بائنا ، وإلى ما لا نهاية له في الرجعي لأنها لما ولدت بطل اعتدادها بالأشهر لأنه لما ظهر أنها لم تكن آيسة فصار كأنها لم تقر بانقضاء العدة ، وإن أقرت بانقضاء عدتها مطلقا غير مفسر بالأشهر في مدة يتصور أن يكون فيها ثلاثة أقراء ثم ولدت لستة أشهر من وقت الإقرار لم يثبت نسبه ، ويحمل إقرارها على انقضاء العدة بالأقراء لأنه هو الأصل ، ويجعل كأنها تزوجت بزوج آخر فحبلت منه فلا يبطل إقرارها إلا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار فيبطل لظهور كذبها بيقين ، وإن كانت معتدة عن وفاة فالآيسة فيها ، والتي من ذوات الأقراء سواء لأن عدة الوفاة تكون بالأشهر في حق كل واحدة منهما إذا لم تكن حاملا . قال رحمه الله (والمقرة بمضيها لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار) أي يثبت نسب ولد المقرة بانقضاء العدة إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار لظهور كذبها بيقين هذا إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الفراق ، وإن جاءت به لأكثر منهما لا يثبت ، وإن كان لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار كما إذا أقرت بعد ما مضى من عدتها سنتان إلا شهرين فجاءت بولد بعد ثلاثة أشهر من وقت الإقرار لم يثبت نسبه منه لأن شرط ثبوته أن يكون لأقل من سنتين من وقت الفراق بالموت أو بالطلاق ، وبعده لا يثبت ، وإن لم تقر بالانقضاء فمع الإقرار أولى إلا إذا كان الطلاق رجعيا فحينئذ يثبت ، ويكون مراجعا على ما بينا من قبل بقي فيه **إشكال** ، وهو ما إذا أقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، ولأقل من سنتين من وقت الفراق ينبغي أن لا يثبت نسبه إذا كانت المدة تحتمل ذلك بأن أقرت بعد ما مضى سنة مثلا ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار لأنه يحتمل أن عدتها انقضت في شهرين أو ثلاثة ثم أقرت بعد ذلك بزمان طويل ، ولا يلزم من إقرارها انقضاء العدة أن تنقضي في ذلك الوقت فلم يظهر كذبها بيقين إلا إذا قالت انقضت عدتي الساعة ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من ذلك الوقت قال رحمه الله (وإلا لا)

---

(١) ".

" لا شبهة الشبهة قال رحمه الله (وإن أقر بالزنا بمجهولة حد وإن شهدوا عليه بذلك لا كاختلافهم في طوعها أو في البلد ولو على كل زنا أربعة) أي لو أقر أنه زنى بامرأة لا يعرفها يجب عليه الحد وإن شهد عليه الشهود بذلك بأن قالوا زنى بامرأة لا نعرفها عليه الحد كما لا يجب عليه إذا اختلفوا في طواعيتها بأن قال اثنان أنه زنى بفلانة وأكرهها وقال آخران إنها طاوعته أو في البلد بأن قال بعضهم إنه زنى بها بالكوفة وبعضهم قال زنى بها بالبصرة وإن تم في كل زنا أربعة أما الأول وهو ما إذا أقر أنه زنى بمجهولة فلانة لو كانت امرأته أو أمته لعرفها ولأنه لا يخفى عليه امرأته ولا أمته فإن قيل قد تشتبه عليه امرأته بأن لم تزف إليه قلنا الإنسان لا يقر على نفسه كذبا ولا حال الاشتباه فلما أقر انتفى كون الموطوءة امرأته ولا يعتبر الاحتمال البعيد بأن تكون أمته بجهة من الجهات كالإرث وهو لا يعرف ذلك أو بالتوالد من مملوكاته أو مملوكات

---

(١) تبيين الحقائق، ٣/٤٢

آبائه ولأن ذلك يؤدي إلى استداد باب إقامة الحدود ولأن ذلك يحتمل في المعروفة أيضا كما يحتمل في المجهولة وأما الثاني وهو ما إذا شهد الشهود عليه بذلك فإنه إنما لا يحد ولأنه يحتمل أن تكون امرأته أو أمته بل هو الظاهر ولأن المسلم لم يمنعه دينه عن ارتكاب المحرم ظاهرا ولا يلزم من عدم معرفة الشهود الموطوءة أن يكون زنا بخلاف ما إذا لم يعرفها الزاني وأما إذا اختلفوا في طوع المرأة فلأنه زنئان مختلفان ولم يكمل في كل واحد منهما نصاب لأن زناها طوعا غير زناها مكرهة فلا تحد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وزفر وقالا يجب الحد على الرجل خاصة لأن الشهود اتفقوا عليه بأنه زنى وتفرد اثنان منهم بزيادة جناية وهو الإكراه **وجوابه** ما ذكرنا ولأن الطوع يقتضي اشتراكهما في الفعل والكره يقتضي تفرده فكانا غيرين ولم يوجد في كل واحد منهما نصاب الشهادة ولأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها بالزنا فصارا خصمين فيه ولا شهادة للخصم وإنما سقط حد القذف عنهما بشهادة شاهدي الإكراه ولأن زناها مكرهة يسقط إحصانها فإن من قذف امرأة ثم أقام شاهدين أنها زنت مكرهة سقط الحد عن القاذف واعتبار عدد الأربعة في الشهادة على الزنا الموجب للحد وهذا شهادة على سقوط إحصانها وسقوط الإحصان يثبت بشهادة الإحصان ذكره في الكافي وهذا التخريج يستقيم على قولهما وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله فاتفاق الشهود الأربعة على النسبة إلى الزنا بلفظ الشهادة مخرج لكلامهم من أن يكون قذفا على ما نبين من قريب وفائدة اختلاف الطريق تظهر فيما إذا شهد ثلاثة أنها طاوعته وشهد واحد أنه أكرهها فعلى قوله لا يقام الحد على واحد منهم لما قلنا وعندهما يقام على الثلاثة ولأنهم قذفة ولم يسقط إحصانها بشهادة الفرد وأما إذا اختلفوا في البلد فإن لم يتم نصاب الشهادة بالزنا في كل بلد بأن شهد اثنان أنه زنى بها بالكوفة واثنان أنه زنى بها بالبصرة فلا **إشكال** في أنه لا يجب عليهما الحد لأن المشهود به مختلف لأن الفعل يختلف باختلاف الأماكن ولم يتم في كل واحد منهما نصاب فلم يثبت فلم يحدا ولا يحد

(١) ".

" ماله إليه حتى لو ادعى أنه أوفى الدين إلى الطالب لا يصدق لأنه لزمه الدفع إلى الوكيل بإقراره وثبتت الوكالة به ولم يثبت الإيفاء بمجرد دعواه فلا يؤخر حقه كما لو كان الموكل حاضرا وادعى ذلك وله أن يطالب رب المال ويستحلفه ولا يستحلف الوكيل بالله تعالى ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لأن النيابة لا تجري في الأيمان بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم لأن الحق يثبت للوارث فكان الحلف بطريق الأصالة دون النيابة وفي المسألة نوع **إشكال** وهو أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لأن الديون تقضى بأمثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك فالتقيا قصاصا والتوكيل بالاستقراض لا يصح **والجواب** أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لأنه لا بد للوكيل بقبض الدين من إضافة القبض إلى موكله بأن يقول : إن فلانا وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الإضافة إلى المرسل بأن يقول أرسلني إليك وقال لك أقرضني فصح ما ادعيناه أن هذا رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة هكذا ذكره في النهاية وعزاه إلى الذخيرة وهذا

(١) تبيين الحقائق، ١٨٩/٣

سؤال حسن والجواب غير مخلص على قول أبي حنيفة رحمه الله ، فأن لو كان رسولا لما كان له أن يخاصم . قال رحمه الله : (فإن حضر الغائب فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانيا) لأنه إذا صدقه ظهر أنه كان وكيلا له وقبض الوكيل قبض الموكل فتبرأ ذمته به ، وإن كذبه لم يصر مستوفيا بالقبض لأنه لم تثبت وكالته والقول قوله في ذلك مع يمينه لأنه منكر ولا يكون قولهما حجة عليه فيأخذ منه الدين ثانيا إن لم يجر استيفاؤه قال رحمه الله (ورجع به على الوكيل لو باقيا) أي رجع الغريم بما قبضه الوكيل إن كان باقيا في يده لأنه ملكه وانقطع حق الطالب عنه ولم يبق الاحتمال فيه حيث قبض دينه منه ثانيا قال رحمه الله (وإن ضاع لا) أي إن ضاع المقبوض في يد الوكيل لا يرجع به عليه لأن الغريم بإقراره صار محقا في قبضه الدين ، وإنما ظلمه الطالب بالأخذ منه ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره ويرد على هذا ما لو كان لرجل ألف درهم مثلا وله ألف آخر دين على رجل فمات وترك ابنين واقتسما الألف العين نصفين فادعى الذي عليه الدين أن الميت استوفى منه الألف حال حياته فصدقه أحدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع عليه بخمسمائة ويرجع بها الغريم على المصدق وهو في زعمه أن المكذب ظلمه في الرجوع عليه وظلم هو المصدق بالرجوع بما أخذه المكذب وذكر في الأمالي أنه لا يرجع لأن الغريم زعم أنه برئ عن جميع الألف إلا أن الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره وما أخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة . وجه الظاهر أن المصدق أقر على أبيه بالدين لأن الإقرار بالاستيفاء إقرار بالدين لأن الديون تقضى بأمثالها ، فإذا كذبه الآخر وأخذ منه خمسمائة لم تسلم له البراءة إلا عن خمسمائة فبقيت خمسمائة دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فيأخذ ما أصابه بالإرث حتى يستوفي لأن الدين مقدم على الإرث قال رحمه الله (إلا إذا ضمنه عند الدفع) أي إلا أن يضمن الغريم الوكيل فحينئذ يرجع الغريم على الوكيل لأن الضمان موجب ويجوز في قوله ضمنه التشديد والتخفيف فمعنى التشديد أن يضمن الغريم الوكيل ومعنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذي أخذه منه

---

(١) ".

" بالإتلاف متعديا لأنه ليس ببذل المنفعة بل هو جزء الأم فيضمنه عند التعدي كالأم ، ولهذا لو استولدها الغاصب لا يكون الولد له ، ولو آجر العبد كان الأجر له قال رحمه الله (ولو وجده ربه أخذه) أي لو وجد مولى العبد ما في يد العبد من الأجرة أخذه لأنه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك كما في المسروق بعد القطع فإنه يبق متقوما حتى لا يضمن بالإتلاف ويبقى الملك فيه حتى يأخذه المالك . قال رحمه الله (وصح قبض العبد أجره) أي ولو قبض العبد أجرته من المستأجر جاز قبضه بالإجماع لأنه المباشر للعقد وحقوق العقد إليه وتصرفه نفع محض على ما مر في عبد غير مغصوب فصح لكونه مأذونا له في التصرف النافع . قال رحمه الله (ولو آجر عبده هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة صح والأول بأربعة) لأنه لما قال أولا شهرا بأربعة انصرف إلى ما يلي العقد تحريا للصحة كما لو سكت عليه لأن الأوقات في حق الإجارة بمنزلة الأوقات في حق اليمين أن لا يكلم فلانا لأن تنكيرها مفسد فيتعين عقيبها ، فإذا انصرف الأول إلى ما يلي العقد انصرف الثاني إلى ما يلي الشهر الأول وتحريا للجواز أيضا لأنه أقرب الأوقات إليه فصار

---

(١) تبيين الحقائق، ٤/٢٨٢

كما لو صرح به . قال رحمه الله (ولو اختلفا في إباق العبد ومرضه حكم الحال) معناه لو استأجر عبدا شهرا مثلا ، ثم قال المستأجر في آخر الشهر أبق أو مرض في المدة وأنكر المولى ذلك أو أنكر إسناده إلى أول المدة فقال أصابه قبل أن يأتيني بساعة يحكم الحال فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه لأن القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر ، ووجوده في الحال يدل على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر مرجحا ، وإن لم يصلح حجة كما إذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة ، وهذا إذا كان الظاهر يشهد للمستأجر فظاهر لا إشكال فيه لأنه ليس فيه إلا دفع الاستحقاق عليه والظاهر يصلح له ، وإن كان يشهد للمؤجر ففيه إشكال من حيث إنه يستحق الأجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق وجوابه أنه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد ، وإنما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره إلى ذلك الوقت فلم يكن مستحقا بمجرد الظاهر ، وهذا لأنهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب أقر بالوجوب عليه ، ثم الإنكار بعد ذلك يكون متعرضا لنفيه فلا يقبل منه إلا بحجة ، وعلى هذا لو أعتق جارية ولها ولد فقالت أعتقني قبل ولادته فيكون حرا تبعا لي ، وقال المولى أعتقتك بعدها فلا يعتق كان القول قول من كان الولد في يده لأن الظاهر يشهد له ، وكذا لو باع شجرا فيه ثمر واختلفا في بيع الثمر معها كان القول قول من في يده الثمر ، وهذا كله تحكيم للحال . قال رحمه الله (والقول لرب الثوب في القميص والقباء والحمرة والصفرة والأجر وعدمه) يعني إذا اختلف رب الثوب والصانع في المخيط بأن قال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء ، وقال الخياط قميصا أو في لون الصبغ بأن قال صاحب الثوب أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر ، وقال الصباغ بل أمرتني بصبغه أصفر أو في الأجرة بأن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر ، وقال الصباغ بأجر كان

---

(١) ".

" لأن الصلح لا بد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال ولم يوجد فبطل الصلح والباطل لا يورث شبهة كما لو وطئ مطلقته ثلاثا في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فإنه لا يصير شبهة في درء الحد فكذا هذا فوجب القصاص ، وأما إذا أعتقه فقد قصد صحة الإعتاق ضرورة لأن العاقل يقصد تصحيح تصرفه ولا صحة له إلا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء ولهذا لو نص عليه ورضي به جاز فكان مصالحا عن الجناية وما يحدث منها ابتداء على العبد مقتضى الإقدام على الإعتاق والمولى أيضا مصالح معه على هذا الوجه راض به لأنه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل كان أرضى بكونه عوضا عن الكثير ، فإذا أعتقه صح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء ، وإذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد إلى المولى والأولياء بالخيار إن شاءوا عفوا عنه وإن شاءوا قتلوه وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير رجل قطع يد رجل عمدا فصالح المقطوع يده على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوع يده ، ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية وإن لم يعتقه رد على مولاه ، وقيل للأولياء إما أن تقتلوه أو تعفوا عنه والوجه ما بيناه فاتحد الحكم والعلة واختلفا صورة ، ثم هذه المسألة وهي مسألة الصلح ترد إشكالا على قول أبي حنيفة رضي الله عنه فيما إذا عفي عن اليد ، ثم سرى إلى النفس ومات حيث يبطل العفو ولا يجب القصاص هنالك وفي هذه المسألة قال يبطل الصلح ويجب القصاص

---

(١) تبيين الحقائق، ١٤٢/٥

فيما إذا لم يعتق العبد وإن أعتقه فالصلح باق على حاله **فالجواب** ، أما إذا لم يعتقه فقد قيل ما ذكر في مسألة الصلح **جواب** القياس وما ذكر في مسألة العفو **جواب** الاستحسان ، فيكونان على القياس والاستحسان ، وقيل بالفرق بينهما ووجهه أن الصلح عن الجناية على مال يقرر الجناية ولا يبطلها لأن الصلح عن الجناية استيفاء للجناية معنى لاستيفاء بدلها ، وإذا بقيت الجناية يتوفر عليه عقوبتها وهو القصاص ، وأما العفو فهو معدم للجناية ، والعفو عن القطع وإن بطل بالسراية إلى النفس لكن بقيت شبهة لوجود صورة العفو وهي كافية لدرء الحد ، وأما إذا أعتقه **فجوابه** هو الفرق الذي ذكرناه أن العتق يجعل صلحا ابتداء بخلاف العفو وعلى قولهما أيضا يرد في الصورتين لأنهما كانا يجعلان العفو عن القطع عفوا عما يحدث منه وفي الصلح لم يجعلا كذلك ، بل أوجبا القصاص عليه إذا لم يعتقه وجعلاه صلحا مبتدأ إذا أعتقه . قال رحمه الله (جنى مأذون له مديون خطأ فحرره سيده بلا علم عليه قيمة لرب الدين وقيمة لولي الجناية) لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع على الأولياء والبيع على الغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية أولا ، ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالتفويت بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي والمسألة بحالها حيث يجب عليه قيمة واحدة للمولى بحكم الملك في رقبته فلا يظهر حق الفريقين بالنسبة إلى ملك المالك لأنه دون الملك فصار كأن ليس فيه حق ، ثم الغريم أحق بتلك القيمة لأنها مالية العبد والغريم مقدم في المالية على ولي الجناية لأن الواجب أن يدفع إليه ، ثم يباع للغريم فكان مقدما معنى والقيمة هي المعنى فتسلم إليه وفي الفصل الأول كان التعارض بين الحقين وهما مستويان فيظهران فيضمنهما والأصل أن العبد إذا جنى جناية وعليه دين خير المولى بين الدفع إلى ولي الجناية والفداء فإن اختار الدفع دفع إلى ولي الجناية ، ثم بيع في الدين فإن فضل شيء فهو لولي الجناية لأنه بدل ملكه وإلا فلا شيء له وإنما بدئ بالدفع جمعا بين الحقين لأنه أمكن بيعه بعد الدفع ، ولو بدئ ببيعه في الدين لا يمكن دفعه بالجناية لأنه لم يوجد في يد المشتري جناية ولا يقال لا فائدة في الدفع إذا كان يباع عليه لأنا نقول فائدته ثبوت استخلاص العبد لأن ولي الجناية يثبت له حق الاستخلاص وللإنسان أغراض في العين ، فإذا كان الواجب هو الدفع فلو أن المولى دفعه إلى ولي الجناية بغير قضاء لا يضمن استحسانا لأنه فعل عين ما يفعله القاضي وفي القياس يضمن قيمته لوجود التمليك كما لو باعه أو وهبه ، ولو دفعه إلى أصحاب الديون صار مختارا للفداء كما لو باعه لأنه ليس بواجب عليه ، بل الواجب عليه الدفع بالجناية أولا ، ولو أن القاضي باعه في الدين ببينة قامت عليه ، ثم حضر

(١) ".

" والمأمور صبي حر تجب الدية على عاقلة الصبي وترجع العاقلة على المكاتب بالأقل من قيمته ومن الدية لأن هذا حكم جناية المكاتب بخلاف القن فإن حكم جنايته على المولى فيجب عليه إن أمكن وإلا سقط على ما بينا وإن عجز المكاتب بعدما قضى القاضي عليه بالقيمة تباع رقبته إلا أن يفدي المولى بدينهم وهو القيمة والقياس أن يبطل حكم جنايته وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه لأنه بالعجز صار قنا وأمره لا يصح ولكنهما يقولان لما قضي عليه بالقيمة صار دينا

(١) تبيين الحقائق، ١٥٧/٦

عليه وتقرر فلا يسقط حتى لو عجز قبل القضاء عليه بالقيمة بطل حكم جنايته لأن حكم جنايته إنما يصير دينا عليه بالقضاء ولم يوجد وإن عجز بعدما أدى كل القيمة لا يبطل بالإجماع حتى لا يسترد المولى القيمة ، ولو أدى البعض ، ثم عجز سلم ما أداه لهم وبطل الباقي عنده ، وعندهما لا يبطل وإن كان المأمور عبدا تخير مولاه بين الدفع والفداء ، ثم رجع على المكاتب بقيمة المأمور إلا إذا كانت قيمته أكثر من الدية فتنقص عشرة دراهم بقي **إشكال** وهو أن يقال إن هذا ضمان الغصب ففيه يضمن قيمته بالغة ما بلغت فكيف نقص عشرة دراهم كضمان الجناية **فجوابه** هذا ضمان الغصب لكن بسبب الجناية فباعتبار الغصب وجب قيمة المأمور وباعتبار السبب روعي التقدير لوجوبه بسبب الجناية فاعتبر بها في حق التقدير وإن عجز المكاتب فمولى المأمور يطالب مولى المكاتب ببيعه لأن ضمان الغصب لا يسقط بعجز المكاتب وإن أعتق المولى المكاتب فمولى المأمور بالخيار إن شاء رجع بجميع قيمة المأمور على المعتق لأنه ضمان غصب فلا يبطل بالإعتاق وإن شاء رجع على المولى بقدر قيمة المعتق وبالفضل على المعتق إلى تمام قيمة المأمور وإن كان المأمور مكاتبا يجب على المأمور ضمان قيمة نفسه ولا يرجع به على الآمر لأنه تعذر هذا أن يجعل ضمان غصب لأن المكاتب حر من وجه فلا يكون محلا للغصب صغيرا كان أو كبيرا كالحر وتعذر الرجوع بحكم الجناية أيضا لأنه لا جناية من الآمر لكون المأمور كبيرا حكما سواء كان صغيرا أو كبيرا لأن المكاتب الصغير ملحق بالكبير فصار كالحر البالغ العاقل إذا كان مأمورا . قال رحمه الله (عبد قتل رجلين عمدا ولكل وليان فعفا أحد وليي كل منهما دفع سيده نصفه إلى الآخرين أو فداه بالدية) أي للمولى الخيار إن شاء دفع نصف العبد إلى اللذين لم يعفوا من ولي القتيلين وإن شاء فداه بدية كاملة لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص في الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو دية كاملة لأن كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة ، فإذا سقط القصاصان وجب أن ينقلب كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون ألفا أو دفع العبد غير أن نصيب العافيين سقط مجانا فانقلب نصيب الساكتين مالا وذلك دية واحدة لكل واحد منهما نصف الدية أو دفع نصف العبد لهما فيخير المولى بينهما . قال رحمه الله (وإن قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فدى بالدية لوليي الخطأ وبنصفها لأحد وليي العمد أو دفعه إليهم أثلاثا) لأن وليي الخطأ حقهما في الدية عشرة آلاف درهم وحق وليي العمد في القصاص ، فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا وهو نصف الدية خمسة آلاف درهم ، فإذا فدى فداه بخمسة عشر ألف درهم عشرة آلاف درهم لوليي الخطأ وخمسة آلاف لغير العافي من وليي العمد وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثا ثلثيه لوليي الخطأ وثلثه للساكت من وليي العمد بطريق العول لأن حقهم في الدية كذلك فيضرب وليا الخطأ بعشرة آلاف ويضرب غير العافي من وليي العمد بخمسة آلاف ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يدفعه أرباعا بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لوليي الخطأ وربعه لغير العافي من وليي العمد لأن نصفه سلم لوليي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعتهم في النصف الآخر فيتنصف فإن قيل ينبغي أن يسلم للمولى ربع العبد في هذه المسألة وهو نصيب العافي من وليي العمد ويدفع ثلاثة أرباعه إليهم يقسم بينهم على قدر حقوقهم كما سلم له النصف في المسألة الأولى وهو نصيب العافين قلنا لا يمكن ذلك هنا لأن وليي الخطأ استحقاه كله ولم يسقط من حقهما شيء وهذا لأن حق كل واحد من الفريقين تعلق بكل الرقبة في المسألتين غير أنه

(١) ".

" أوصى بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة كان له هذه الثمرة وحدها وإن قال له ثمرة بستاني أبدا كان له هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل فحاصله أنه إذا أوصى بالغلة استحقه دائما وبالثمرة لا يستحق إلا القائم إلا إذا زاد أبدا فحينئذ يصير كالغلة فيستحقه دائما وهو المراد بقوله وإن زاد أبدا له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه أي إذا زاد في الثمرة لفظة أبدا صار كما إذا أوصى بغلة بستانه من غير زيادة شيء حتى يستحق الموجود وما سيوجد فيهما فيحتاج إلى الفرق بينهما والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة ، مثل التنصيص على الأبد إذ لا يتأبد إلا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئا أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فإذا أطلقت تناول الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى . وأما الثمرة فإذا أطلقت يراد بها الموجود ولا تتناول المعدوم إلا بدليل زائد عليه ، وإنما قيده بقوله وفيه ثمرة لأنه إذا لم يكن في البستان ثمرة والمسألة بحالها فهي كمسألة الغلة في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له ، وإنما كان كذلك لأن الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا يتناول المعدوم إلا مجازا فإذا كان في البستان ثمرة عند موت الموصي صار مستعملا في حقيقته فلا يتناول المجاز وإذا لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز ولا يجوز الجمع بينهما إلا أنه إذا ذكر لفظ الأبد تناولهما عملا بعموم المجاز لا جمعا بين الحقيقة والمجاز . قال رحمه الله (وبصوف غنمه وولدها ولبنها له الموجود عند موته قال أبدا أو لا) أي إذا أوصى بهذه الأشياء كان له الموجود عند موته ولا يستحق ما سيحدث بعد موته سواء قال أبدا أو لم يقل لأن الوصية إيجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الأشياء عنده فهذا هو الحرف لكن جازت الوصية في الغلة المعدومة والثمرة المعدومة على ما بينا لأنها تستحق بغير الوصية من العقود كالمزارعة والمعاملة فلأن تستحق بالوصية أولى لأنها أوسع بابا من غيرها ، وكذا الصوف على الظهر واللبن في الضرع والولد الموجود في البطن يستحق بجميع العقود تبعا وبالخلع مقصودا فكذا بالوصية لما ذكرنا . وأما المعدوم منها فلا يستحق بشيء من العقود فكذا بالوصية ثم مسائل هذا الباب على وجوه ثلاثة منها ما يقع على الموجود والمعدوم إن ذكر الأبد أو لم يذكر كالوصية بالخدمة والسكنى والغلة والثمرة إذا لم يكن في البستان شيء من الثمرة عند موته ومنها ما يقع على الموجود دون المعدوم ذكر الأبد أو لم يذكر كالوصية باللبن في الضرع والصوف على الظهر والولد في البطن ومنها ما يقع على المعدوم والموجود إن ذكر الأبد وإلا فعلى الموجود فقط كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب . (باب وصية الذمي) قال رحمه الله (ذمي جعل داره بيعة أو كنيسة في صحته فمات فهي ميراث) لأنه بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله والوقف عنده لا يلزم فيورث فكذا هذا . وأما عندهما فلأن هذا معصية فلا يصح وإن كان قربة في معتقدهم بقي **إشكال** على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو أن هذا عندهم كالمسجد عند المسلمين والمسلم ليس له أن يبيع المسجد فوجب أن يكون الذمي فيها كذلك لأنهم عنده يتركون وما يعتقدون **وجوابه** أن المسجد محرر عن حقوق الناس وصار

(١) تبيين الحقائق، ٦/١٦٠

خالصا لله تعالى ولا كذلك البيعة في معتقدهم فإنها لمنافع الناس لأنهم يسكنون فيها ويدفنون فيها موتاهم فلم تصر محررة عن حقوقهم فكان ملكه فيها ثابتا وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضا على ما يجيء بيانه قال رحمه الله (وإن أوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث) أي إذا أوصى بأن تبنى داره بيعة أو كنيسة لناس معينين فهو جائز من الثلث لأن الوصية

." (١)

"والحاصل: أن له تضمين الراهن لتعديه بالتسليم أو المرتهن لتعديه بالقبض.

قوله: (هلك الرهن بدينه) أي بمقابلته.

قال الزيلعي: وإن ضمن الراهن صار المرتهن مستوفيا لدينه بهلاك الرهن، لان الراهن ملكه بأداء الضمان مستندا إلى ما قبل التسليم، فتبين أنه رهن ملك ثم صار المرتهن مستوفيا بهلاكه.

قوله: (لضرره) الاولى لغرره بالغين المعجمة.

قال في الدرر: أما القيمة فلانه مغرور من جهة الراهن بالتسليم اه.

ونحوه في الزيلعي وغيره ط.

قوله: (لانتقاض قبضه) أي قبض المرتهن الرهن بتضمينه فيعود حقه كما كان، لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا.

عناية.

وهنا **إشكال وجواب** مذكوران في الهداية والتبيين.

قوله: (ذهبت عين دابة المرتهن) الاضافة إلى المرتهن لادنى ملابسة.

والاصوب إبداله بالرهن.

وعبارة الولوالجية: ولو ذهبت عين دابة الرهن سقط ربع الدين لان العين من الدابة التي يستعمل عليها ربعها فقد فات ربعها فيسقط ربع الدين اه.

وهو مفروض فيما إذا كانت قيمتها مثل الدين كما قيده في المبسوط، واحترز بقوله التي يستعمل عليها كالبقرة والفرس عن نحو الشاة فإنه يضمن النقصان.

قوله: (وسيجئ) أي في باب جناية البهيمة أن إقامة العمل بها إنما تمكن بأربع أعين عيناها وعينا مستعملها اه.

خاتمة: المولى لا يصلح عدلا في رهن مأذونه لو مديونا حتى لو شرط لم يجز الرهن وصح عكسه، والمكاتب يصلح عدلا في رهن ملاوه كعكسه، والمكفول عنه لا يصلح عدلا في رهن الكفيل كعكسه، وكذا رب المال في رهن المضارب كعكسه،

---

(١) تبيين الحقائق، ٦/٢٠٤

وكذا أحد شريكي المفاوضة أو العنان إلا فيما كان من غير التجارة، لان كلا منهما أجنبي عن صاحبه فيه، وكذا الراهن لا يصلح عدلا في الرهن ويفسد العقد، إلا إن كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده جاز بيعه اه.

ط عن الهندية ملخصا.

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره لما ذكر لارهن وأحكامه ذكر ما يعترض عليه إذا عارضه بعده وجوده، معراج.

قوله: (توقف بيع الراهن الخ) وكذا توقف على أجازة الراهن بيع المرتهن، فإن أجازه جاز وإلا فلا، وله أن يبطله ويعيده رهنا، ولو هلك في يد المشتري قبل الاجازة لم تجز الاجازة بعده، وللراهن أن يضمن أيهما شاء.

قهستاني عن شرح الطحاوي.

وما ذكره المصنف هو الصحيح وظاهر الرواية، وقيل: ينفذ.

وتمامه في الزيلعي.

فرع: قال المرتهن للراهن بع الرهن من فلان فباعه من غيره لم يجز، ولو قال المستأجر للمؤجر ذلك جاز بيعه من غيره.

جامع الفصولين.

قوله: (على إجازة مرتهنه الخ) أو إبرائه الراهن عن الدين.

حموي.

قوله: (نفذ) لزوال المانع، وهو تعلق حق المرتهن به وعدم القدرة على تسليمه.

زيلعي.

قوله:." (١)

"مقام الموصي فكان إليهم بيانه.

زيلعي.

قوله: (عرفنا) أي عرف العجم.

در منتقى.

قوله: (وأما أصل الرواية فبخلافه) وهي أن السهم السدس في رواية الجامع الصغير فإنه قال فيه: له أخس سهام الورثة، إلا أن ينقص من السدس فيتمم له السدس، ولا يزاد له، فكان حاصله أن له السدس.

وعلى رواية كتاب الوصايا أخس سهام الورثة ما لم يزد على السدس.

وقالا: له الاخس إلا أن يزيد على الثلث فيكون له الثلث اه.

اختيار.

فالسدس على الرواية الاولى لمنع النقصان ولا يمنع الزيادة، وعلى الثانية بالعكس.

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ٦٩/١

وذكر في الهداية ما يمنع الزيادة والنقصان.

زيلعي.

فأما أن صاحب الهداية اطلع على رواية غيرهما أو جمع بينهما عناية.

وتمام ذلك في المطولات.

تنبيه: هذا كله إذا كان له ورثة.

ففي الاختيار والجوهرة: لو أوصى لرجل بسهم من ماله ولا وارث له فله النصف، لان بيت المال بمنزلة ابن فصار كأن له ابنان ولا مانع من الزيادة على الثلث فصح اه.

وانظر على القول بالتسوية بين الجزء والسهم، هل يعطى النصف أيضا، أم يقال لوكيل بيت المال: أعطه ما شئت؟ وحرره نقلا.

قوله: (وبهذا اندفع سؤال صدر الشريعة) حاصل سؤاله أن قول الموصي ثلث مالي له لا يصلح إخبارا لانه كذب فتعين الانشاء، فينبغي أن يكون له النصف، وتقرير الدفع سلمنا أن قوله ذلك إنشاء، إلا بعد قوله سدس مالي له محتمل لان يكون أراد به زيادة سدس أو أراد ثلثا آخر غير السدس، فيحمل على المتيقن.

قوله: (وإشكال ابن الكمال) حيث قال في

هامش شرحه بعد تقريره جواب السؤال المار بما ذكرناه.

بقي ها هنا شئ وهو أنه لا يخلو من أن يكون الثلث الذي أجازه الورثة ثلثا زائدا على السدس الذي أجازوه أولا يكون ثلثا زائدا عليه، إذ لا وجه لاجازتهم بلا تعيين المراد، إذ مرجعه إلى إجازة اللفظ ولا معنى له.

والثاني يأباه قوله: وأجازوا لانه مستغنى عن إجازتهم، وعلى الاول لا يصح الجواب المذكور، ولعله لذلك أسقط صاحب الكنز القيد المذكور اه.

وحاصله: أنه يتعين المعنى الثاني وهو أن تكون الاجازة لثلث غير زاد على السدس أي لثلث داخل فيه السدس لانه المتيقن، وبه يتم الجواب عن سؤال صدر الشريعة، لكن يبقى قوله: وأجازوا زائدا لا فائدة فيه إذ الثلث لازم مطلقا، ولهذا أسقطه في الكنز.

والجواب ما أشار إليه الشارح بقوله: وإن أجازت الورثة أي أنه غير قيد احترازي، بل ذكروه لئلا يتوهم أن له النصف عند الاجازة، وليفهم أن له الثلث عند عدمها بالاولى، فافهم.

والله در هذا الشارح على هذه الرموز التي عي جواهر الكنوز، لكن بقي هنا إشكال ذكره في الشرنبلالية ونقل نحوه عن قاضي زاده، وهو أن صاحب الحق وهو الوارث رضي بما يحتمله كلام الموصي من اجتماع الثلث مع السدس وامتناع ما كان غير متيقن لحق الوارث، فبعد أن رضي كيف يتكلف للمنع؟ اه.

وحاصله: أنه يتعين المعنى الاول وهو إن إجازتهم للزائد لانه المحتاج إليها.

وأقول: **جوابه** أنه لما احتمل كلام الموصي حملناه على المتيقن الذي يملكه وهو الوصية بالثلث كما مر، والوصية إيجاب تمليك، فكان إيجاب الثلث متيقنا، وإيجاب الزائد مشكوكا فيه، وإجازة الوارث لا." [1]

"هـ.

قوله: (وإن فدى لا) فإن لم يوجد الدفع والفداء وأعتقه الوصي: فإن عالما بالجناية لزمه تمام الارش، وإلا فالقيمة، ولا يرجع لان الوصية بعتق عبد غير جان فقد خالف.

سائحاني.

قوله: (ولو أوصى بثلثه الخ) معناه ترك عبدا ومالا وارثا والعبد مقدار ثلث ماله، وله صرح قاضيخان.

معراج قوله: (لينفذ من كل المال) فكأنه يقول: لم يقع العتق وصية ووصيتي بثلث ماله صحيحة فيما وراء العبد.

قوله: (ويقدم على بكر) لانه إذا وقع في المرض وقع وصية وقيمة العبد ثلث المال فلم يكن للموصى له بالثلث شئ، لان الوصية بالعتق مقدمة بالاتفاق.

معراج.

قوله: (ولا شئ لزيد) لما علمته من تقديم العتق.

وأما قول المصنف فيما مر ويزاحم أصحاب الوصايا فقد علمت المراد منه، فافهم.

قوله: (إلا أن يفضل الخ) أي إلا أن يكون ثلث المال زائدا على قيمة العبد فتنفذ الوصية لزيد فيما زاد على القيمة.

منح قوله: (من قيمة العبد) كذا عبر الزيلعي.

وعبارة الدرر: على قيمة العبد وهي أولى وإن أمكن جعل من بمعنى على كما قال الاخفش والكوفيون في قوله تعالى: * (ونصرناه من

القوم) * (الانبياء: ٧٧) أفاده ط عن المكي.

قوله: (فإن الموصى له خصم الخ) **جواب** عن **إشكال**، وهو أن الدعوى في العتق شرط لاقامة البينة عنده، وكيف تصح أقامتها من غير خصم؟ فقال: وهو خصم في إثبات حقه لانه مضطر إلى إقامتها على حرية العبد ليفرغ الثلث عن الاشتغال بحق الغير.

معراج.

قوله: (وكذا العبد) أي خصم أيضا لان أقول: والمراد أنه خصم في غير هذه الصورة، لان الوارث مقر بعتقه العتق حقه.

هنا أو فيما إذا زادت قيمته على الثلث فهو خصم في إثبات عتقه في الصحة.

تأمل.

قوله: (وقالا يعتق ولا يسعى الخ) لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فكأنهما وقعا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية، وإكان على المعتق دين.

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ٢٠٢/١

وله أن الاقرار بالدين أولى من الاقرار بالعتق، ولهذا يعتبر إقراره في المرض بالدين من جميع المال وبالعتق من الثلث، والاقوى يدفع الادنى، إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية عليه.

ابن كمال.

قوله: (وعلى هذا الخلاف) كذا عبر في الهداية، والتعبير به ظاهر على ما قرره صاحب الهداية من ذكر الخلاف." [1]

"لكن ذكر سيدي الوالد رحمه الله تعالى في حاشيته على البحر بعد ذكر نحو ما تقدم: قلت: وسيأتي في الوكالة أن الوكيل بالخصومة يصح إقراره لو أقر عند القاضي لا عند غيره، ولكنه يخرج به عن الوكالة.

وعند أبي يوسف: يصح إقراره مطلقا، لان الشئ إنما يختص بمجلس القضاء إذا لم يكن موجبا إلا بانضمام القضاء إليه كالبينة والنكول.

ولهما: أن المراد بالخصومة الجواب مجازا، والجواب يستحق في مجلس الحكم فيختص به، فإذا أقر في غيره لا يعتبر لكونه أجنبيا فلا ينفذ على الموكل لكنه

يخرج به عن الوكالة لان إقراره يتضمن أنه ليس له ولاية الخصومة اه.

والحاصل: أن اختصاصه بمجلس القاضي لكون لفظ الخصومة يتقيد به، وهنا ليس كذلك، فالذي يظهر ترجيح عدم اشتراط كون الكلامين في مجلس القاضي ا هـ.

قوله: (يرتفع بتصديق الخصم) أي بكلاميه المتناقضين.

مطلب: يرتفع المتناقض بقول المتناقض تركت قوله: (وبقول المتناقض تركت الاول الخ) أقول: فيه أنه حينئذ لا يبقى تناقض أصلا، لان كل متناقض يمكنه أن يقول ذلك، والظاهر أن هذا مخصوص بمسألة ما إذا ادعاه مطلقا ثم ادعاه بسبب الخ، فإذا قال ذلك قبل قوله: أما لو قال هذا ملك المدعى عليه ثم قال بل ملكي تركت الاول وادعى بالثاني فلا قائل به، ويرشدك لذلك.

قوله: (تركت الاول الخ).

ثم رأيت في البحر عن البزازية وصف المدعي المدعى، فلما حضر خالف في البعض أن ترك الدعوى الاولى وادعى الحاضر تسمع لانها دعوى مبتدأة، وإلا فلا ا هـ.

وفيه أيضا وبرجوع المتناقض عن الاول بأن يقول تركته وادعى بكذا.

قال سيدي الوالد في حاشيته عليه بعد كلام: وظاهر ما ذكره المؤلف في الاستحقاق: أي صاحب البحر، أن مسألة رجوع المتناقض بحث منه.

ثم رأيت البزازي ذكر بعد ذلك في نوع في الدفع، وذكر القاضي ادعى بسبب وشهدا بالمطلق لا يسمع ولا تقبل لكن لا تبطل دعواه الاولى، حتى لو قال أردت بالمطلق المقيد يسمع كما مر إن برهن على أنه له.

وفي الذخيرة أيضا: ادعاه مطلقا فدفعه المدعى عليه بأنك كنت ادعيته قبل هذا مقيدا وبرهن عليه فقال المدعي أدعيه الآن

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ١/٢٦٤

بذلك السبب وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع ا هـ ما في البزازية.

قال الرملي: ربما يشكل عليه ما في البزازية وغيرها: ادعى على زيد أنه دفع له مالا ليدفعه إلى غريمه وحلفه ثم ادعاه على خالد وزعم أن دعواه على زيد كان ظنا لا يقبل، لان الحق الواحد كما لا يستوفى من اثنين لا يخاصم مع اثنين بوجه واحد ا هـ.

ووجه إشكاله أنه لما قال إن دعواه على زيد كان ظنا فقد ارتفع التناقض، والله تعالى أعلم.

ذكره الغزي.

وأقول: قد كتب فرقا في حاشيتي على جامع الفصولين بين فرع البزازي وفرع ذكره فراجعه، ويفرق ها هنا بأن فيما ذكره البزازي امتنع ارتفاع

التناقض لتعلقه باثنين فلا تصح الدعوى لما ذكره من امتناع مخاصمة الاثنين في حق واحد، وهذا منتف في الواحد وهو محل ما في هذا الشرح فتدبر ا هـ.

مطلب: يرتفع التناقض بقول المتناقض تركت قوله: (أو بتكذيب الحاكم) كما لو ادعى أنه كفل له عن مديونه بألف فأنكر الكفالة وبرهن الدائن أنه كفل عن مديونه وحكم به الحاكم وأخذ المكفول له منه المال، ثم إن الكفيل ادعى على." [1]

"مطلب: أنكر البيع فأثبته المشتري فادعى البائع الاقالة تسمع قال في العدة (١) أنكر البيع فبرهن عليه المشتري فادعى البائع إقالة يسمع هذا الدفع، ولو لم يدع الاقالة ولكن ادعى إيفاء الثمن أو الابراء اختلف المتأخرون ا هـ.

وقد يجاب بأن المقر إنما يصير مكذبا شرعا إذا حكم القاضي بما يخالف إقراره، وفي مسألتنا لم يقض بالبيع حتى تناقض الخصم فلم يكن مكذبا شرعا.

بحر.

قال ط: وفيه نظر ا هـ.

وكذا نظر فيه الرملي.

قال سيد الوالد رحمه الله تعالى: أي تفسير للتنظير، فإن القضاء بالشراء قضاء بالبيع، فما معنى قوله لم يقض القاضي بالبيع.

مطلب: الجواب النافع عن إشكال جامع الفصولين وأقول: الجواب النافع إن شاء الله تعالى ما يستفاد من كتاب نور العين في غير هذا المحل وفي غير هذه المسألة، وهو أن الكفيل لما التحق زعمه بالعدم وثبت خلافه وهو كونه كفيلا لم يسع في إعادة زعمه ولم يرد نقض البينة بل رضي بموجبها حتى جعله مبني لدعواه الرجوع على الاصيل، وأما البائع في مسألتنا فقد سعى في إعادة مآل زعمه وهو براءة ذمته بعد التحاقة بالعدم بثبوت خلافه وأراد نقض ما أثبتته البينة وهو عدم براءة ذمته، فهذا فرق واضح حق، وكذا يقال في دعوى الاقالة لانها فسخ للعقد الذي أثبته الخصم بالبينة، ففيه تقرير لموجبها وهي المتقدمة عن البحر عن العدة فيما إذا ادعى على آخر أنه اشترى منه هذا الدار فأنكر الشراء فلما أقام المدعي البينة على الشراء ادعى المدعى عليه أنه ردها عليه: يعني أقالها يسمع هذا الدفع، ولو لم يدع الاقالة ولكن يدعي إيفاء الثمن أو

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ١/٤٢٩

الابراء اختلف

المتأخرون.

مطلب: ادعى شراء عبده فأنكر فأثبته فادعى البائع أنه رده عليه بالعيب يقبل ومثله يقال في **جواب** مسألة: ما إذا ادعى عليه شراء عبده فأنكر فبرهن عليه فادعى عليه أنه رده عليه بالعيب تسمع، لانه صار مكذبا في إنكاره البيع فارتفع التناقض بتكذيب الشرع كما ارتفع بتصديق الخصم ا هـ.

فاحفظه فإنه ينفعك في كثير من أمثال هذه المسائل.

قوله: (لامكان التوفيق ببيع وكيله) أي وكيل البائع، فقوله أولا لم أبعها منك قط: أي مباشرة، وقوله إنه برئ إليه من كل عيب: أي إلى وكيله وفعل الوكيل كفعل الموكل.

قوله: (وإبرائه عن العيب) من إضافة المصدر إلى مفعوله وهو ضمير الوكيل والفاعل المشتري الخ، وعلى ما قلنا مضاف إلى فاعله، والضمير لوكيله وهو المفوم من عبارة البحر.

مطلب: واقعة سمرقند قوله: (ومنه واقعة سمرقند) أي من جنس مسألة المصنف، وهو ما وقع فيه التناقض، ولو صرح به لكان أوضح، لكن لا يظهر أن هذه الواقعة منه، لان عقد النكاح الاب فيه سفير لا تلحقه عهدة، بخلاف ببيع الوكيل. وأيضا الخلع هنا ظاهر في أنه قائم به، بخلاف المبرأ فإنه غير ظاهر في أنه حاضر وقت البراءة، فافهم أسرار المقال ولا تكن ممن يعرف الحق بالرجال.

نعم التوفيق ظاهر فيما نذكره في القولة الآتية عن البحر، ولو قال لا نكاح بيني وبينك إلى آخر ما نذكره عن

---

(١) اسم كتاب وهو عدة الفتاوى ا هـ.

منه.." (١)

"في الارث فيقضي بينهما نصفين، وإن سبق تاريخ أحدهما لانهما لا يدعيان الملك لانفسهما ابتداء بل لمورثهما ثم يجرانه إلى أنفسهما ولا تاريخ لملك المورثين، فصار كما لو حضر المورثان وبرهنا على الملك المطلق، حتى لو كان لملك المورثين تاريخ: يقضي لاسبقهما.

أقول: ينبغي أن يكون حكم هذا كحكم دعوى الشراء من اثنين، لان المورثين كبائعين في تلقي الملك منهما، فمن لم يعتبر التاريخ في الشراء من البائعين ينبغي أن لا يعتبر التاريخ في الارث أيضا، فرد **الاشكال** على من خالف فيشكل التفصي: أي التخلص إلا بالحمل على الروايتين.

والحاصل: أن في اعتبار تاريخ تلقي الملك من البائعين اختلاف الروايات على ما سيجئ، فكذا الارث، فلا فرق بينهما في الحكم فلا **إشكال** حينئذ، وإن أرخ أحدهما لا الآخر: يقضي بينهما

نصفين إجماعا لانهما ادعيا تلقي الملك من رجلين فلا عبرة للتاريخ.

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ١/٤٤٥

وقيل يقضي للمؤرخ عند أبي يوسف جامع الفصولين من الفصل الثامن.

وفي كتاب الدعوى من الخلاصة وإن أرخا لملك مورثهما يعتبر سبق التاريخ في قولهم جميعا ا هـ: أي بأن أقام أحدهما بينة أن أباه مات منذ سنة وتركها ميراثا له وأقام الآخر بينة أن أباه مات منذ سنتين وتركها ميراثا له، ففي هذا الوجه خالف محمد أنقروي في دعوى الارث.

ادعيا ملكا إرثا من أبيهما والعين في أيديهما أي ادعى كل منهما الارث من أبيه (٧١): لم يؤرخا يقضي بينهما نصفين.

(٨١): أو أرخا تاريخا يقضي بينهما نصفين.

(٩١): أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عند علمائنا الثلاثة: يقضي للاسبق إن كان تاريخهما لموت مورثهما، وإن كان تاريخهما لملك مورثهما عند محمد: يقضي بينهما نصفين، ورجح صاحب جامع الفصولين قول محمد هنا.

(٠٢): أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضي بينهما إجماعا.

أي كما لو كانت العين في يد ثالث، ولو ادعيا ملكا إرثا.

فإن كانت العين في أيديهما فكذلك **الجواب**.

في أول الثامن الفصولين ملخصا.

ادعيا ملكا إرثا لابيه والعين في يد أحدهما (١٢): لم يؤرخا: يقضي للخارج.

(٢٢): أو أرخا تاريخا واحدا: يقضي للخارج.

(٣٢: أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: عندهما يقضي للخارج، ومشايخنا أفتوا بأولوية الاسبق على قول الامامين.

(٤٢) أو أرخ أحدهما الآخر: يقضي للخارج إجماعا.

ولو ادعيا ملكا إرثا لابيه: إن كانت العين في يد أحدهما ولم يؤرخا أو أرخا سواء يقضي للخارج، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو لاسبقهما.

وعند محمد: للخارج لانه لا عبرة للتاريخ هنا، وإن أرخ أحدهما لا الآخر فهو للخارج إجماعا، وقيل يقضى للمؤرخ عند أبي يوسف من جامع الفصولين في الثامن.

أقول: أو أرخا وتاريخ الخارج أسبق، وإن أرخا وتاريخ ذي اليد أسبق فهو له.." [١]

"لآبائهم، ومدعي النسب أب لان دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان، وكفر الآباء جحود والاصل عدمه، ألا ترى إلى انتشار الاسلام بعد الكفر في الآفاق.

وأما الحضانة فتركها لا يلزم منه رق ا هـ.

بخلاف ترك النسب هنا فإن المصير بعده إلى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة ا هـ.

أقول: لكن بعد استدراك الشارح الآتي عن ابن كمال بأنه يكون مسلما فلا **إشكال**، وإن اعترض عليه فإنك ستسمع الاعتراض **والجواب**.

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ٢/١٣٥

قال في شرح الملتقى: وهذا إذا ادعياه معا، فلو سبق

دعوى المسلم كان عبدا له، ولو ادعيا البنوة كان ابنا للمسلم إذ القضاء بنسبه من المسلم قضاء بإسلامه.

قوله: (لكن جزم ابن الكمال بأنه يكون مسلما) أي تبعا للدار وابنا للكافر بالدعوة كما صرح به فيه، لان حكمه حكم دار الاسلام، وفيه أنه لا عبرة للدار مع وجود أحد الابوين ح.

قلت: يخالفه ما ذكروا في اللقيط لو ادعاه ذمي يثبت نسبه منه وهو مسلم تبعا للدار، وتقدم في كتابه عن الولوالجية: ولا يقال إن تبعية الدار إنما تكون عند فقد الابوين لان تبعيته قبل ثبوت أن الذمي أب له حيث كان في يد المسلم والكافر يتنازعان فيه، وهو قول في غاية الحسن وإن كان مخالفا الظاهر.

تعليل الهداية وغيرها فليتبصر.

قوله: (قال زوج امرأة لصبي معهما) أي في يدهما احترز به عما لو كان في يد أحدهما.

قال في التاترخانية: وإن كان الولد في يد الزوج أو يد المرأة فالقول للزوج فيهما، وقيد بإسناد كل منهما الولد إلى غير صاحبه، لما فيها أيضا عن المنتقى: صبي في يد رجل وامرأة قالت المرأة هذا ابني من هذا الرجل وقال ابني من غيرها يكون ابن الرجل ولا يكون للمرأة، فإن جاءت بامرأة شهدت على ولادتها إياه كان ابنها منه وكانت زوجته بهذه الشهادة، وإن كان في يده وادعاه وادعت امرأته أنه ابنها منه وشهدت امرأة على الولادة لا يكون ابنها منه بل ابنه لانه في يده، واحترز عما فيها أيضا: صبي في يد رجل لا يدعيه أقامت امرأة أنه ابنها ولدته ولم تسم أباه وأقام رجل أنه ولد في فراشه ولم يسم أمه يجعل ابنه من هذه المرأة ولا يعتبر الترجيح باليد، كما لو ادعها رجلان وهو في يد أحدهما فإنه يقضي لذي اليد.

قوله: (فهو ابنهما) لان كل واحد منهما أقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه ولا رجحان لاحدهما على الآخر لاستواء أيديهما فيه فيكون ابنهما، هذا إذا كان لا يعبر عن نفسه وإلا فهو لمن صدقه.

عيني.

قوله: (إن ادعيا) هذا إذا كان النكاح بينهما ظاهرا، وإن لم يكن ظاهرا بينهما يقضي بالنكاح بينهما.

هندية عن شرح الطحاوي.

قوله: (وإلا ففيه تفصيل ابن كمال) حيث قال: وإلا فعلى التفصيل الذي في شرح الطحاوي ولم يبين ذلك التفصيل، وظاهر إطلاق المتون والشروح أنه لا فرق بين أن يدعيا معا أو متعاقبا وهي الموضوعة لنقل المذهب فليكن العمل عليها، ولان ما يدعيه أحدهما غير ما يدعيه الآخر إذ هو يدعي أبوته وهي تدعي الامومة، ولا ينافي

إحدى الدعوتين الاخرى، غير أن كلا يكذب صاحبه في حق لا يدعيه لنفسه فيلغو قوله ولا يعتبر السبق فيه، والله تعالى أعلم.

قال في الهندية: ولو ادعى الزوج أولا أنه ابنه من غيرها وهو في يديه يثبت النسب من غيرها." (١)

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ٢٠٢/٢

"لزمه الكران.

ا هـ.

كما في شرح المنار لابن نجيم.

قوله: (فهو إقرار له) أي للمقر له، قال في شرح الملتقي: وإن تعددت الديون والودائع، ولا يصدق المقر له قال عنيت بعضها ا هـ.

قوله: (وحق القبض للمقر) فيأخذ ما ذكر ويدفعه للمقر له.

قال في شرح الملتقى: ولو جحد المودع ضمن للمقر له إذا تلف.

قوله: (برئ) أي إذا أقر المقر أنه أذن له.

كذا في شرح الملتقى.

قوله: (لكنه مخالف الخ) هذا الاستدارك وجيه ومؤيد لا يقبل التغيير، وربما كلمة لي في الخلاصة من زيادة الناسخ، ولذا لم توجد في الوديعة بعده، لكن كلام الحاوي يؤيد الزيادة، وزيادة الحاوي وجيهة على ما ظهر لي حيث إن العبرة لآخر الكلام.

قوله: (لما مر الخ) أي أوائل كتاب الاقرار عند قول المصنف جميع مالي أو ما

أملكه هبة لا إقرار وقدمنا **الجواب** عن ذلك والتوفيق بما يشفي الغليل، فراجعه إن شئت.

قوله: (إن أضاف إلى نفسه كان هبة) أي فيراعي شروطها ولا يكون إقرارا لانه إخبار، وقضية الاضافة إلى نفسه منافية له فيكون هبة.

قوله: (فيلزم التسليم) لان هبة الدين لا تصح من غير من عليه الدين إلا إذا سلط على قبضه.

قوله: (ولذا قال في الحاوي القدسي) عبارته كما في المنح قال: الدين الذي لي على زيد فهو لعمرو ولم يسلطه على القبض لكن قال واسمي في كتاب الدين عارية صح، ولو لم يقل هذا لم يصح ا هـ.

فهو من غير ذكر لفظ لو، واستفيد من هذا أنه لو سلطه على قبضه أو قال هذه الجملة صح على أنه إقرار وإلا يصح إقرارا بل هبة.

قوله: (قال المصنف وهو) أي قوله وإن لم يقله لم يصح هو المذكور في عامة المعتبرات، خلافا للخلاصة.

حاصله: أنه إن سلطه على قبضه أو لم يسلطه ولكن قال اسمي فيه عارية يصح كما في فتاوي المصنف، وعلى الاول يكون هبة وعلى الثاني إقرارا، وتكون إضافته إلى نفسه إضافة نسبة لا ملك كما ذكره الشارح فيما مر وإنما اشترط.

قوله: واسمي عارية ليكون قرينة على إرادة إضافة النسبة، وعليه يحمل كلام المتن ويكون إطلاقا في محل التقييد، فلا **إشكال** حينئذ في جعله إقرارا ولا يخالف الاصل المار للقرينة الظاهرة.

وفي شرح الوهبانية: امرأة قالت الصداق الذي لي على زوجي ملك فلان بن فلان لا حق لي فيه وصدقها المقر له ثم أبرأت زوجها قيل يبرأ، وقيل لا.

والبراءة أظهر لما أشار إليه المرغيناني من عدم صحة الاقرار، فيكون الابراء ملاقيا لمحله ا هـ.

أي فإن هنا الاضافة للملك ظاهرة، لان صداقها لا يكون لغيرها فكان إقرارها له هبة بلا تسليط على القبض.

وأعاد الشارح المسألة في متفرقات الهبة واستشكلها، وقد علمت زوال **الاشكال** بعون الملك المتعال فاغتنمه.

قوله: (فتأمل عند الفتوى) العبرة لما في عامة كتب المذهب، وفي شرح العلامة عبد البر، وقالوا: إذا أضاف المال إلى نفسه بأن قال عبدي هذا لفلان يكون هبة على كل حال، وإن لم يضف إلى نفسه بأن قال هذا المال لفلان يكون إقرارا ا هـ.

وهذه المسألة ذكرها ابن وهبان حيث قال:." (١)

"ويحتاج إلى نقل كونها كلية، ولم أره الآن ا هـ.

ونقل ط عن المقدسي أنه يفهم من التقييد بقدرها أنه لا يتعلق بذلك حكم ويفتى به عند السؤال ا هـ: أي لان مفاهيم الكتب معتبرة كما تقدم.

قوله: (آدمي) احتراز عن البهيمة كما يأتي، وعن الجنية كما مر.

قوله: (سيجئ محترزه) أي محترز ما ذكر من القيود الثلاثة.

قوله: (مكلفين) أي عاقلين بالغين.

قوله: (ولو أحدهما الخ) لكن لو كانت هي المكلفة فلا بد أن يكون الصبي ممن يشتهي، وإلا فلا يجب عليها أيضا كما يأتي في الشرح.

قوله: (تأديبا) في الخانية وغيرها: يؤمر به اعتيادا وتخلقا كما يؤمر بالصلاة والطهارة.

وفي القنية: قال محمد: وطئ صبية يجامع مثلها يستحب لها أن تغتسل كأنه لم ير جبرها وتأديبها على ذلك.

وقال أبو علي الرازي: تضرب على الاغتسال وبه نقول، وكذا الغلام المراهق يضرب على الصلاة والطهارة ا هـ.

قوله: (بالاجماع) لما في الصحيحين من حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله (ص): إذا جلس بين شعبها الاربع ثم جهدها فقد وجب الغسل، أنزل أو لم ينزل وأما قوله عليه الصلاة والسلام: إنما الماء من الماء فمنسو بالاجماع، ووجوبه على المفعول به في الدبر بالقياس

احتياطا، وتمامه في شرح المنية.

قوله: (يعني الخ) تقييد لقوله: في أحد سبيلي آدمي فإنه شامل لدبرنفس المولج.

قوله: (فرجح في النهر الخ) هو أحد قولين حكاهما في القنية وغيرها.

قال في النهر: والذي ينبغي أن يعول عليه عدم الوجوب إلا بالانزال، إذ هو أولى من الصغيرة والميتة في قصور الداعي، وعرف بهذا عدم الوجوب بإيلاج الاصبع.

قوله: (ولا يرد) أي على إطلاق المصنف الحشفة وأحد السبيلين.

قوله: (فإنه لا غسل عليه الخ) أي لجواز كونه امرأة، وهذا الذكر منه زائد فيكون كالاصبع، وأن يكون رجلا ففرجه كالجرح فلا يجب بالايلاج فيه الغسل بمجرده.

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، ٢/٢٨٣

قلت: ويشكل عليه معاملة الخنثى بالاضر في أحواله، وعليه يلزمه الغسل، فليتأمل ا هـ.

إمداد.

أقول: سيذكر الشارح هذا **الاشكال** آخر الكتاب في كتاب الخنثى، وسنوضح **الجواب** هناك إن شاء الله تعالى، وذكرناه هنا فيما علقناه على البحر.

قوله: (ولا علمن جامعه) أي في قبله، فلو جامعه رجل في دبره وجب الغسل عليهما كما أفاده ط أي لعدم **الاشكال** في الدبر، وكذا لا **إشكال** فيما لو جامع وجومع لتحقق جنابته بأحد الفعلين.

قوله: (لان الكلام) علة لقوله ولا يرد.

قوله: (وسبيلين) أي وأحسبيلين، فهو على تقدير مضاف دل عليه كلام المتن السابق، ولهذا قال." [1]

"لقول مالك بطهارته لعموم البلوى، وتمام تحقيقه في المطولات.

قوله: (كعذرة) تمثيل للمغلظة.

قوله: (وكذا الخ) يرد عليه الريح فإنه طاهر ط: أي على الصحيح.

وقد يقال: إن الكلام في الكثيف والرقيق، والريح ليس منهما فليتأمل، أو يقال: ما في كل ما واقعة على النجس، لان المراد بيان التغليظ.

مطلب في طهارة بوله (ص) (تنبيه): صحح بعض أئمة الشافعية طهارة بوله (ص) وسائر فضلاته، وبه قال أبو حنيفة كما نقله في المواهب اللدنية عشرح البخاري للعيني، وصرح به البيري في شرح الاشباه.

وقال الحافظ ابن حجر: تظافرت الادلة على ذلك، وعد الائمة ذلك من خصائصه (ص).

ونقل بعضهم عن شرح المشكاة لمنلا على القاري أنه قال: اختاره كثير من أصحابنا، وأطال في تحقيقه في شرحه على الشمائل في باب ما جاء في تعطره عليه الصلاة والسلام.

قوله: (مغلظ) لا حاجة إليه مع قوله: كذا ط.

قوله: (لم يطعم) بفتح الياء: أي لم يأكل فلا بد من غسله، واكتفى الامام الشافعي بالنضح في بول الصبي ط.

والجواب عما استدل به في المطولات.

قوله: (إلا بول الخفاش) بوزن رمان: وهو الوطواط، سمي به لصغر عينه وضعف بصره.

قاموس.

وفي البدائع وغيره: بول الخفافيش وخرؤها ليس بنجس لتعذر صيانة الثوب والاواني عنها، لانها تبول من الهواء وهي فأرة طيارة فلهذا تبول ا هـ.

ومقتضاه أن سقوط النجاسة للضرورة، وهو متجه على القول بأنه لا يؤكل، كما عزاه في الذخيرة إلى بعض المواضع معللا بأن له نابا، ومشى عليه في الخانية، لكن نظر فيه في غاية البيان بأن ذا الناب إنما ينهى عنه إذا كان يصطاد بنابه: أي

---

(١) حاشية رد المحتار، ١/١٧٥

وهذا ليس كذلك.
وفي المبتغى: قيل يؤكل، وقيل لا.
ونقل العبادي من الشافعية عن محمد أنه حلال، وعليه فلا **إشكال** في طهارة بوله وخرئه، وتمامه في الحلية.
أقول: وعليه يتمشى قول الشارح فطاهر، وإلا كان الاولى أن يقول: فمعفو عنه، فافهم.
مبحث في بول الفارة وبعرها وبول الهرة قوله: (وكذا بول الفأرة الخ) اعلم أنه ذكر في الخانية أن بول الهرة والفأرة وخرأها نجس في أظهر الروايات يفسد الماء والثوب.
ولو طحن بعر الفأرة مع الحنطة ولم يظهر أثره يعفى عنه للضرورة.
وفي الخلاصة: إذا بالت الهرة في الاناء أو على الثوب تنجس، وكذا بول الفأرة، وقال الفقيه أبو جعفر: ينجس الاناء دون الثوب ب ا هـ.
قال في الفتح: وهو حسن لعادة تخمير الاواني، وبول الفأرة في رواية لا بأس به، والمشايخ على أنه نجس لخفة الضرورة بخلاف خرئها، فإن فيه ضرورة في الحنطة ا هـ.
والحاصل أن ظاهر الرواية نجاسة الكل، لكن الضرورة متحققة في بول الهرة في غير المائعات كالثياب، وكذا في خرء الفأرة في نحو الحنطة دون الثياب والمائعات.
وأما بول الفأرة فالضرورة في غير متحققة إلا على تلك الرواية المارة التي ذكر الشارح أن عليها الفتوى، لكن عبارة التاترخانية: بول الفأرة وخرؤها نجس، وقيل بولها معفو عنه، وعليه الفتوى.
وفي الحجة:." (١)

"لامامه في الفروض) أي بأن يأتي بها معه أو بعده، حتى لو ركع إمامه ورفع فركع هو بعده صح، بخلاف ما لو ركع قبل إمامه ورفع ثم ركع إمامه ولم يركع ثانيا مع إمامه أو بعده بطلت صلاته، فالمراد بالمتابعة عدم المسابقة، نعم متابعته لامامه بمعنى مشاركته له في الفرائض معه لا قبله ولا بعده واجبة كما سيذكره في الفصل الآتي عند قوله: واعلم أن مما يبتنى على لزوم المتابعة الخ، واحترز بالفروض عن الواجبات والسنن، فإن المتابعة فيها ليست بفرض فلا تفسد الصلاة بتركها.
قوله: (وصحة صلاة إمامه في رأيه) لان العبرة لرأي المأموم صحة وفسادا على المعتمد، فلو اقتدى بشافعي مس ذكره أو امرأة صحت، لا لو خرج منه دم ط، وسيأتي بيانه في باب الوتر.
قوله: (وعدم تقدمه عليه) أي بالعقب، فيصدق بما لو حاذاه أو تأخر عنه وإلا فسدت قوله: (وعدم مخالفته في الجهة) على تقدير مضاف: أي عدم علمه مخالفة إمامه في الجهة حالة التحري والشرط عدم العلم في وقت الاقتداء، حتى لو لم يعلم إلا بعد تمام الصلاة صحت كما مر في محله، وقيدنا بحالة التحري لانه يجوز مخالفته لجهة إمامه قصدا في داخل الكعبة أو خارجها، كما لو حلقوا حولها.
مطلب: قصدهم بإطلاق العبارات أن لا يدعي علمهم إلا من زاحمهم عليه قال الرحمتي: وأطلق اعتمادا على ما تقدم ويأتي

(١) حاشية رد المحتار، ٣٤٤/١

كما هو عادتهم في الاطلاق اعتمادا على التقييد في محله.

قال في البحر: وقصدهم بذلك أن لا يدعي علمهم إلا من زاحمهم عليه بالركب، وليعلم أنه لا يحصل إلا بكثرة المراجعة وتتبع عباراتهم والاخذ عن الاشياخ ا ه فافهم.

قوله: (بشرطهما) أما الاول، فهو أن يكون صاحب ترتيب وفي الوقت سعة.

وأما الثاني، فهو أن تكون المحاذاة في صلاة مطلقة مشتركة تحريمة وأداء ونوى الامام إمامتها على ما سيأتي ح.

والشرط وإن وقع في كلامه مفردا إلا أنه مضاف فيعم، أبو السعود.

قوله: (وتعديل الاركان) سيأتي تفسيره عند ذكره له في واجبات الصلاة.

قوله: (وبسطناه في الخزائن) حيث قال بعد قوله: وهو المختار قلت، لكنه غريب لم أر من عرج عليه، والذي رجحه الجم الوجوب، وحمل في الفتح وتبعه في البحر قول الثاني على الفرض العملي فيرتفع الخلاف.

قلت: أنى يرتفع وقد صرح في السهو بفساد الصلاة بتركه عنده خلافا لهما فتنبه ا ه.

وهو مأخوذ من النهر.

أقول: والذي دعا صاحب البحر إلى هذا الحمل هو التقصي عن إشكال قوي، هو أن أبا يوسف أثبت القرضية بحديث المسئ صلاته وهو خبر آحاد، والدليل القطعي أمر بمطلق الركوع والسجود، فيلزم الزيادة على النص الخاص بخبر الواحد وأبو يوسف لا يقول به، وإذا حمل قوله بفرضية تعديل الاركان على الفرض العملي الذي هو أعلى قسمي الواجب اندفع الاشكال وارتفع الخلاف.

ويرد عليه ما علمته.

وبيانه أن الفرض العملي هو الذي يفوت الجواز بفوته كتقدير مسح الرأس بالربع فيلزم فساد الصلاة بترك التعديل المذكور عند أبي يوسف، وهما لا يقولان به، فالخلاف باق، ويلزم الزيادة على النص أيضا، لان مقتضى النص الاكتفاء بمسمى ركوع وسجود فالاشكال باق أيضا، لكن أجاب بعض المحققين عن الاشكال بجواب حسن ذكرته فيما علقته على." [1] "المنكب.

قهستاني.

قوله: (وخمار) بكسر الخاء: ما تغطي به المرأة رأسها.

قال الشيخ إسماعيل:

ومقداره حالة الموت ثلاثة أذرع بذراع الكرباس، يرسل على وجهها ولا يلف، كذا في الايضاح والعتابي اه.

قوله: (وخرقة) والاولى أن تكون من الثديين إلى الفخذين.

نهر عن الخانية.

قوله: (وكفاية) أي الاقتصار على الثوبين له كفن الكفاية، لان أدنى ما يلبس حال حياته، وكفنه كسوته بعد الوفاة فيعتبر

---

(١) حاشية رد المحتار، ٤٨٦/١

بكسوته في الحياة ولهذا تجوز صلاته فيهما بلا كراهة.

معراج.

وحاصله أن كفن الكفاية هو أدنى ما يكفيه بلا كراهة فهو دون كفن السنة، وهل هو سنة أيضا أو واجب؟ الذي يظهر لي الثاني، ولذا كره الاقل منه كما يذكره الشارح.

وقال في البحر: قالوا ويكره أن يكفن في ثوب واحد حالة الاختيار، لان في حالة حياته تجوز صلاته في ثوب واحد مع الكراهة.

وقالوا: إذا كان بالمال قلة والورثة كثرة فكفن الكفاية أولى وعلى القلب كفن السنة أولى، ومقتضاه أنه لو كان عليه ثلاثة أثوا ب وليس له غيرها وعليه دين أن يباع منها واحد للدين لان الثالث ليس بواجب حتى ترك للورثة عند كثرتهم والدين أولى، مع أنهم صرحوا كما في الخلاصة بأنه لا يباع شئ منها بالدين كما في حالة الحياة إذا أفلس وله ثلاثة أثواب هو لابسها لا ينزع عنه شئ ليباع اه ما في البحر، وهو مأخوذ من الفتح.

وقال في الفتح: ولا يبعد **الجواب** اه.

وذكر **الجواب** بعضهم بأن يفرق بين الميت والحي بأن عدم الاخذ من الحي لاحتياجه ولا كذلك الميت اه.

أقول: أنت خبير بأن **الاشكال** جاء من تصريحهم بعدم الفرق بين الحي والميت، فأنى يصح هذا **الجواب؟** نعم يصح على ما قال السيد في شرح السراجية من أنه إذا كان الدين مستغرقا فللغرماء المنع من تكفينه بما زاد على كفن الكفاية.

وقال الشارح: في فراض الدر المنتقى: وهل للغرماء المنع من كفن المثل؟ قولان، والصحيح نعم اه.

ومثله في سكب الانهر، لكن قال أيضا: ألا ترى أنه لو كان للمديون ثياب حسنة في حال حياته ويمكنه الاكتفاء بما دونها يبيعها القاضي ويقضي الدين ويشتري بالباقي ثوبا يلبسه، فكذا في الميت المديون، كذا اختاره الخصاف في أدب القاضي اه.

ثم رأيت مثله في حاشية الرملي عن شرح السراجية المسمى ضوء السراج للكلاباذي.

وحينئذ فلا **إشكال** ولا **جواب**، وبه علم أن ما مر عن الخلاصة خلاف الصحيح، وقد يوفق بحمل ما في الخلاصة في الحي على ما إذا لم يكتف بما دون الثلاثة، وفي الميت على ما إذا لم يمنعهم الغرماء.

قال في شرح قلائد المنظوم: صحح العلامة حيدر في شرحه على السراجية المسمى بالمشكاة بأن للورثة تكفينه بكفن المثل ما لم يمنعهم الغرماء اه.

قلت: والظاهر أن المراد بعدم المنع الرضا بذلك، وإلا فكيف يسوغ للورثة تقديم المسنون على الدين الواجب؟ ثم إن هذا مؤيد لما بحثناه من أن كفن الكفاية واجب، بمعنى أنه لا يجوز أقل منه عند الاختيار.

ثم رأيت في شرح المقدسي قال: وهذا أقل ما يجوز عند الاختيار، والله تعالى أعلم.

قوله: (في الاصح) وقيل قميص ولفافة.

زيلعي.

قال في البحر: وينبغي عدم التخصيص بالازار واللفافة، لان كفن الكفاية معتبر بأدنى ما يلبسه الرجل في حياته من غير كراهة، كما علل به في البدائع اه.

قوله: (ولها ثوبان) لم يعينهما كما الهداية، وفسرها في الفتح بالقميص واللفافة، وعينهما في الكنز بالازار واللفافة.

قال في البحر: والظاهر كما قدمناه عدم التعيين، بل إما قميص." (١)

"بالمال، أما على ما صححه في الكشف الكبير وجرى عليه الشارح فيما مر تبعا للبحر والنهر فلا.

قوله: (لم تقع زكاة) في بعض النسخ: لم تصح زكاة، وعزا هذا في البحر إلى المحيط.

ثم قال: وفي مختصر الكرخي إذا أخذها الامام كرها فوضعها موضعها أجزأ، لان ولاية أخذ الصدقات فقام أخذه مقام دفع المالك.

وفي القنية: فيه إشكال، لان النية فيه شرط ولم توجد منه اه.

قلت: قول الكرخي: فقام أخذه الخ، يصلح للجواب.

تأمل.

ثم قال في البحر: والمفتى به التفصيل إن كان في الاموال الظاهرة يسقط الفرض، لان للسلطان أو نائبه ولاية أخذها، وإن لم يضعها موضعها لا يبطل أخذه، وإن كان في الباطنة فلا اه.

قوله: (وفي التجنيس) في بعض النسخ لكن بدل الواو وهو استدراك على ما في المبسوط، وقد أسمعناك آنفا ما في التجنيس. وقد يدعى عدم المخالفة بينهما بحمل ما في التجنيس على ما إذا دفع إلى السلطان مال المكس أو المصادرة ونوى به كونه زكاة ليصرفه السلطان في مصارفه ولم ينو بذلك التصدق به على السلطان، ويؤيد هذا الحمل قوله: لانه ليس له ولاية أخذ الزكاة من الاموال الباطنة، فلا ينافي ذلك قول المبسوط: الاصح أن ما يأخذه ظلمة زماننا من الجبايات والمصادرات يسقط عن أرباب الاموال إذا نووا عند الدفع التصدق عليهم لانهم بما عليهم من التبعات فقراء، فليتأمل.

قوله: (بماله) متعلق بخلط، وأما لو خلطه بمغصوب آخر فلا زكاة فيه كما يذكره في قوله: كما لو كان الكل خبيثا.

قوله: (لان الخلط استهلاك) أي بمنزلته من حيث أن حق يتعلق بالذمة لا بالاعيان ط.

قوله: (عند أبي حنيفة) أما على قولهما فلا ضمان، وحينئذ فلا يثبت الملك لانه فرع الضمان، ولا يورث عنه لانه مال مشترك، وإنما يورث عنه حصة الميت منه.

فتح.

قوله: (وهذا الخ) الاشارة إلى وجوب الزكاة الذي تضمنه قوله فتجب الزكاة فيه.

قوله: (منفصل عنه) الذي في النهر عن الحواشي: محل ما ذكروه ما إذا كان له مال غير ما استهلكه بالخلط يفضل عنه فلا يحيط الدين بماله اه: أي بفضل عنه بما يبلغ نصابا.

قوله: (كما لو كان الكل خبيثا) في القنية: ولو كان الخبيث نصابا لا يلزمه الزكاة، لان الكل واجب التصدق عليه فلا يفيد

---

(١) حاشية رد المحتار، ٢/٢٢٠

إيجاب التصدق ببعضه اه.

ومثله في البزازية.

قوله: (كما في النهر) أي أول كتاب الزكاة عند قول الكنز: وملك نصاب حولي، ومثله في الشرنبلالية، وذكره في شرح الوهبانية بحثا.

وفي الفصل العاشر من التاترخانية عن فتاوى الحجة: من ملك أموالا غير طيبة أو غصب أموالا وخلطها ملكها بالخلط ويصير ضامنا، وإن لم يكن له سواها نصاب فلا زكاة عليه فيها وإن بلغت نصابا، لانه مديون ومال المديون لا ينعقد سببا لوجوب الزكاة عندنا اه.

فأفاد بقوله: وإن لم يكن له سواها نصاب الخ، أن وجوب الزكاة مقيد بما إذا كان له نصاب سواها،

وبه يندفع ما استشكله في البحر من أنه وإن ملكه بالخلط فهو مشغول بالدين فينبغي أن لا تجب الزكاة اه.

لكن لا يخفى أن الزكاة حينئذ إنما تجب فيما زاد عليها لا فيها.." (١)

"ثم نقل صاحب القنية عن شيخه بديع أن فيه **إشكالا**، لان إعطاءه إعانة للظالم على ظلمه، فإن أكثر النوائب في زماننا بطريق الظلم، فمن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فذلك خير له اه ملخصا.

وعليه مشى ابن وهبان في منظومته، وأجاب ابن الشحنة بأن **الاشكال** مدفوع بما فيه من أنواع الظلم على الضعيف العاجز بواسطة دفعه عن نفسه اه.

قلت: فيه نظر، فإن ما حرم أخذه حرم إعطاءه كما في الاشباه: أي إلا لضرورة، فإذا كان الظالم لا بد من أخذه المال على كل حال لا يكون العاجز عن الدفع عن نفسه آثما بالاعطاء، بخلاف القادر فإنه بإعطائه ما يحرم أخذه يكون معينا على الظلم باختياره.

تأمل.

قوله: (حصته) مفعول تحمل وباقيهم فاعله: أي باقي جماعته.

قوله: (وتصح الكفالة بها) أي بالنائبة سواء كانت بحق ككرى النهر المشترك للعامة، وأجرة الحارس للمحلة المسمى بديار مصر الخفير، وما وظف للامام ليجهز به الجيوش وفداء الاسارى بأن احتاج إلى ذلك ولم يكن في بيت المال شئ فوظف على الناس ذلك والكفالة به جائزة اتفاقا، أو كانت بغير حق كجبايات زماننا فإنها في المطالبة كالديون بل فوقها، حتى لو أخذت من الاكار، فله الرجوع على مالك الارض، وعليه الفتوى.

وقيده شمس الائمة بما إذا أمره به طائعا، فلو مكرها في الامر لم يعتبر أمره بالرجوع.

ذكره الشارح وصاحب النهر في الكفالة ط.

قلت: ومعنى صحة الكفالة بالنائبة التي بغير حق أن الكفيل إذا كفل غيره بها بأمره كان له الرجوع عليه بما أخذه الظالم منه، لا بمعنى أنه يثبت للظالم حق المطالبة على الكفيل، فلا يرد ما قيل: إن الظلم يجب إعدامه فكيف تصح الكفالة به؟

---

(١) حاشية رد المحتار، ٣١٦/٢

كما سنحققه في محله إن شاء الله تعالى.

قوله: (ويؤجر من قام بتوزيعها بالعدل) أي بالمعادلة كما عبر في القنية: أي بأن يحمل كل واحد بقدر طاقته، لانه لو ترك توزيعها إلى الظالم ربما يحمل بعضهم ما لا يطيق فيصير ظلما على ظلم، ففي قيام العارف بتوزيعها بالعدل تقليل للظلم فلذا يؤجر، وهذا اليوم كالكبريت الاحمر، بل هو أندر.

قوله: (وهذا يعرف الخ) المشار إليه غير مذكور في كلامه، وأصله في القنية حيث قال: وقال أبو جعفر البلخي: ما يضر به السلطان على الرعية مصلحة لهم يصير دينا واجبا وحقا مستحقا كالخراج، وقال مشايخنا: وكل ما يضر به الامام عليهم لمصلحة لهم فالجواب هكذا، حتى أجره الحراسين لحفظ الطريق واللصوص ونصب الدروب وأبواب السكك، وهذا يعرف ولا يعرف خوف الفتنة: ثم قال: فعلى هذا ما يؤخذ في خوارزم من العامة لاصلاح مسناة الجيحون أو الربض ونحوه من مصالح العامة دين واجب لا يجوز الامتناع عنه، وليس بظلم، ولكن يعلم هذا الجواب للعمل به، وكف اللسان عن السلطان وسعاته، فيه لا للتشهير حتى لا يتجاسروا في الزيادة على القدر المستحق اه.

قلت: وينبغي تقييد ذلك بما إذا لم يوجد في بيت المال ما يكفي لذلك لما سيأتي في الجهاد من أنه يكره الجعل إن وجد فئ.

قوله: (يجوز تر ك الخراج للمالك الخ) سيأتي في الجهاد متنا وشرحا ما نصه: ترك السلطان أو نائبه الخراج لرب الارض أو وهبه ولو بشفاعة جاز عند." [1]

"القول بوجوب الدم فيه مع تقييد الترك بلا عذر يصح العكس كليا.

قوله: (وغيرها الخ) فيه أنه لم يستوف الواجبات، وإن كان مراده أن غير الفرائض والواجبات سنن وآداب فغير مفيد.

قوله: (كأن يتوسع في النفقة إلخ) أفاد بالكاف أنه بقي منها أشياء لم يذكرها لانها ستأتي، كطواف القدوم للآفاقي، والابتداء من الحجر الاسود على أحد الاقوال، والخطب الثلاث، والخروج يوم التروية وغيرها مما سيعلم.

قوله: (وعلى صون لسانه) أي عن المباح والمكروه تنزيها وإلافهو واجب.

قوله: (ويستأذن أبويه الخ) أي إذا لم يكونا محتاجين إليه، وإلا فيكره، وكذا يكره بلا إذن دائنه وكفيله، والظاهر أنها تحريمية لاطلاقهم الكراهة، ويدل عليه قوله فيما مر في تمثيله للحج المكروه كالحج بلا إذن مما يجب استئذانه فلا ينبغي عده ذلك من السنن والآداب.

قوله: (بفتح القاف وتكسر) أي مع سكون العين وحكى الفتح مع كسر العين.

قوله: (وتفتح) عزاه الشيخ إسماعيل إلى تحرير الامام النووي، وقال خلافا لما في شرح الشمني من أنه لم يسمع إلا الكسر.

قوله: (وعند الشافعي ليس منها يوم النحر) هو رواية عن أبي يوسف أيضا كما في النهر وغيره، وظاهر المتن يوافقه لانه ذكر العدد فكان المراد عشر ليال، لكن إذا حذف التمييز جاز التذكير فيكون المعنى عشرة أيام.

أفاده ح عن القهستاني.

وقيل إن العشر اسم لهذه الايام العشرة فليس المراد به اسم العدد حتى يعتبر فيه التذكير مع المؤنث والعكس.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٣٦٨/٢

تأمل.

قوله: (ذو الحجة كله) مبتدأ محذوف الخبر تقديره منها ح.

قوله: (عملا بالآية) أي قوله تعالى: * (الحج أشهر معلومات) *.

قوله: (قلنا اسم الجمع الخ) الاضافة بيانية: أي اسم هو جمع، وإلا فأشهر صيغة حقيقة، وهذا أحد جوابين للزمخشري.

حاصله: أنه تجوز في إطلاق صيغة الجمع على ما فوق الواحد لعلاقة معنى الاجتماع والتعدد.

ثانيهما أن التجوز في جعل بعض الشهر شهرا فالاشهر على الحقيقة، واعترض الاول بأن فيه إخراج العشر عن الارادة لخروجه عن الشهرين، وأجيب بأنه داخل فيما فوق الواحد، وهذا كله على تقدير الحج ذو أشهر، أما على تقدير الحج في أشهر، فلا حاجة إلى التجوز، لان الظرفية لا تقتضي الاستيعاب، لكن بين المراد الحديث الوارد في تفسير الآية بأنها شوال وذو القعدة وعشر ذي الحجة.

قوله: (وفائدة التأقيت الخ) جواب عن إشكال تقريره أن التوقيت بها إن اعتبر للفوات: أي أن أفعال الحج لو أخرت عن هذا الوقت يفوت الحج لفوته بتأخير الوقوف عن طلوع فجر العاشر يلزم أن لا يصح طواف الركن بعده، وإن خصص الفوات بفوات معظم أركانه، وهو الوقوف، يلزم." (١)

"لسبق البينونة قبله لوقوع البائن بالصريح هنا وإن لم يوصف، فتعين إلغاء الوصف كما علمت آنفا.

وبقي إشكال آخر مذكور مع جوابه في البحر.

قوله: (أو قال نويت) أي بالبائن الثاني البينونة الكبرى: أي الحرمة الغليظة وهي التي لا حل بعدها إلا بنكاح زوج آخر، وهذا هو المعتمد كما في البحر، وقيل لا يقع لان التغليظ صفة البينونة، فإذا ألغت النية في أصل البينونة لكونها حاصلة لغت

في إثبات وصف التغليظ.

محيط.

وهذا صريح في إلغاء نية البينونة، ومثله ما قدمناه آنفا عن الحاوي فلا تصح نية بينونة أخرى، خلافا لما بحثه في البحر كما مر.

قال في الدرر: أقول: وهذا يدل قطعا على أنه إذا أبانها ثم قال في العدة أنت طالق ثلاثا يقع الثلاث، لان الحرمة الغليظة إذا ثبتت بمجرد النية بلا ذكر الثلاث لعدم ثبوتها في المحل فلان تثبت إذا صرح بالثلاث أولى، وتمامه فيه ونحوه في اليعقوبية.

قوله: (لتعذر الخ) علة لقوله: بخلاف الخ.

قوله: (ولذا) أي لتعذر حمله على الاخبار.

قوله: (إلا إذا كان البائن معلقا الخ).

يشمل ما إذا آلى من زوجته ثم أبانها قبل مضي أربعة أشهر ثم مضت قبل أن يقربها وهي في العدة فإنه يقع خلافا لزفر،

---

(١) حاشية رد المحتار، ٢/٥١٨

بحر.

قوله: (قبل إيجاد المنجز) سيذكر الشارح محترز القبلية، وتنجيز الثاني غير قيد، بل لو علقه جعل وقوع المعلق الاول فكذلك كما يذكره أيضا.

قوله: (ناويا) لانه كناية فلا بد له من نية.

قوله: (لانه لا يصلح إخبارا) أي لان التعليق قبل فلا يصح إخبارا عنه، وكذا الاضافة ح.

وأعاد التعليل وإن علم من قولسابقا ولذا وقع المعلق لطول الفصل، فافهم.

قوله: (ومثله المضاف) الاولى ومثال المضاف، لان المماثلة في الحكم فهمت من قوله سابقا أو مضافا ط.

قوله: (وفي البحر الخ) مراده بهذا النقل الاستدلال على قوله ناويا ح.

قوله: (فيفتقر للنية) أي أو المذاكرة.

قوله: (ولو قال إن دخلت) بيان لما إذا كانا معلقين كما في البحر قوله: (ثم دخلت وبانت) أشار بالعطف بثم إلى أنه لا بد من كون التعليق الثاني قبل وجود شرط الاول.

لانها لو دخلت وبانت ثم قال إن كلمت زيدا فكلمته لا يقع، لان الاول لما وجد شرطه قبل تعليق الثاني صار منجزا، والمعلق لا يلحق إلا إذا كان التعليق قبل إيجاد المنجز كما علمته من كلام المتن، لان قوله ثانيا فأنت بائن صادق بثبوت البينونة أولا فيصلح كون الثاني خبرا عن الاول، وبه سقط ما قيل إن كلامه شامل لكون التعليق الثاني بعد وجود الشرط الاول أو قبله، وكذا سقط قول هذا القائل: إن تعذر جعله إخبارا عن الاول موجود في المعلق والمضاف، سواء كان التعليق أو الاضافة قبل التنجيز أو بعده، فينبغي عدم الفرق وإن اتفقت كلمتهم على اشتراط كونه قبل إيجاد المنجز اه.

إذ لا يخفى أن التعليق بعد إيجاد المنجز يصلح كون المعلق فيه وهو البينونة الثانية خبرا عن المنجز الثابت أولا، بخلاف ما قبله، فالوجه ما قالوه دون ما قبله، فتدبر.

قوله: (ثم كلمت) فلو عكست: أي بأن كلمته." (١)

"الزيلعي في باب التعليق عند قوله وتعليق الثلاث يبطل تنجيزه بحال البحر هنا قيدنا بكونه بعد الطلاق الثلاث لأنها لو طلقت نفسها واحدة أو ثنتين ثم عادت إليه بعد زوج آخر فلها أن تفرق الثلاث خلافا لمحمد وهي مسألة الهدم الآتية اه وهو موافق لما نقلناه عن الزيلعي ومثله في الفتح وغاية البيان وهذا صريح في أنها بعد العود لها أن تطلق نفسها ثلاثا متفرقة عندهما وعند محمد تطلق ما بقي فقط فتفريق الثلاث مبني على قولهما لا على قول محمد فافهم ونعم يشكل على هذا التعليل المار بأن التعليق إنما ينصرف إلى الملك القائم وهو الثلاث فإنه يقتضي أنها لو طلقت نفسها ثنتين ثم عادت إليه بعد زوج آخر ليس لها أن تطلق نفسها أصلا عندهما لأنها عادت إليه بملك حادث وطلقات الملك الأول هدمها الزوج الثاني ولا **إشكال** على قول محمد من أنها تطلق واحدة فقط لأنها الباقية لكون الزوج الثاني لم يهدم ما دون الثلاث عنده ثم رأيت المحقق في الفتح أفاد **الجواب** عن ذلك في باب التعليق بما حاصله أن قولهم إن المعلق طلقات

---

(١) حاشية رد المحتار، ٣/٣٤١

هذا الملك الثلاث مقيد بما دام ملكا لها فإذا زال ملكه لبعضها صار المعلق ثلاث مطلقة قوله (لأنهما للمكان) صلاية ظرف مكان مبني على الضم وأين ظرف مكان يكون استفهاما فإذا قيل أين زيد لزم **الجواب** بتعيين مكانه ويكون شرطا وتزاد فيه ما فيقال أينما تقم أقم بحر عن المصباح قوله (ولا تعلق للطلاق به) ولذا لو قال أنت طالق بمكة أو في مكة كان تنجيزا للطلاق كما مر فتكون طالقا في كل مكان في الحال بخلاف الزمان فإن الطلاق يتعلق به قوله (فجعلا مجازا عن إن الخ) **جواب** عن إيرادين أحدهما أنه إذا ألغى ذكر المكان صار أنت طالق شئت وبه يقع الحال كأنت طالق دخلت الدار ثانيهما أنه إذا كان مجازا عن الشرط فلم حمل على إن دون متى مما لا يبطل بالقيام عن المجلس **والجواب** عن الأول أنه جعل الظرف مجازا عن الشرط لأن كلا منهما يفيد ضربا من التأخير وهو أولى من إلغائه بالكلية وعن الثاني بأن حمله على إن أولى لأنها أم الباب ولأنها حرف الشرط وفيه يبطل بالقيام أفاده في الفتح قوله (ويقع في الحال رجعية الخ) أي تطلق طلقة رجعية بمجرد قوله ذلك شاءت أو لا ثم إن قالت شئت بائنة أو ثلاثا وقد نوى الزوج ذلك تصير

كذلك للموافقة وهذا عنده أما عندهما فما لم تشأ لم يقع شيء فعنده أصلا الطلاق لا يتعلق بمشيئتها بل صفته وعندهما يتعلقان معا وتمامه في الفتح وكتبت في حاشيتي على شرح المنار الفرق بين هذا التفويض وعامة التفويضات حيث لم تحتج إلى نية الزوج أن المفوض ها هنا حال الطلاق وهو متنوع بين البينونة والعدد فيحتاج إلى النية لتعيين أحدهما بخلاف عامة التفويضات قوله (وإلا فرجعية) صادق بما إذا شاءت خلاف ما نوى وربما إذا لم ينو شيئا والمراد الأول لما في الفتح وإن اختلفا بأن شاءت بائنة والزوج ثلاثا أو على القلب فهي رجعية لأنه لغت مشيئتها." [1]

"وبهذا اندفع ما يقال إنه ينبغي أن يجب الحد في العتق لأنه وطء لا في ملك ولا في شبهته وهي العدة بخلاف الطلاق لوجود العدة أفاده في المعراج لكن روي عن محمد لو زنى بامرأة ثم تزوجها في تلك الحالة فإن لبث على ذلك ولم ينزع وجب مهران مهر بالوطء أي لسقوط الحد بالعقد ومهر بالعقد وإن لم يستأنف الإدخال لأن دوامه على ذلك فوق الخلوة بعد العقد قال في النهر وهذا يشكل على ما مر إذ قد جعل لآخر هذا الفعل الواحد حكم على حدة اه وأجاب ح تبعا للحموي بأن هذا مروي عن محمد وذاك قوله فلا تنافي واعترضت ط بما في البحر عقب هذه المسألة من أن تخصيص الرواية بمحمد لا يدل على خلاف بل لأنها رويت عنه دون غيره اه فتأمل قلت **والجواب** الحاسم **للإشكال** من أصله أن اعتبار آخر الفعل هنا من جهة كونه لخلوة مقررة للمهر بل فوقها لا من جهة كونه وطأ ولا يمكن اعتبار ذلك في إيجاب الحد وثبوت الرجعة لأن الخلوة لا توجب ذلك فافهم قوله (لأن الشرط الخ) عبارة البحر لأن الشرط لم يوجد لأن التزوج عليها أن يدخل عليها من ينازعها في الفراش ومن يزاحمها في القسم ولم يوجد قوله (وقيده) أي قيد الطلاق إذا نكحها في عدة الرجعي بما ذكر أخذا من مفهوم التعليل وقال إن هذه واردة على المصنف يعني صاحب الكنز قلت وقد يقال إن المزاحمة في القسم موجودة حكما وإن لم يرد مراجعتها وقت الطلاق لاحتمال تغير الإرادة بعده بإرادة المراجعة كما لو تزوجها في حال سفره أو حال نشوز الأولى فإن الذي يظهر الوقوع وإن لم توجد المزاحمة حقيقة وقت التزوج فتأمل قوله (كما مر أي في باب القسم ح مطلب مسائل لاستثناء ولمشيئة قوله (قال لها الخ) شروع في مسائل الاستثناء وعقد لها في الهداية

(١) حاشية رد المحتار، ٣/٣٧١

فصلا على حدة قال

في الفتح وألحق الاستثناء بالتعليق لاشتراكهما في منع الكلام من إثبات موجبه إلا أن الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض وقد مسألة إن شاء الله لمشابهتها الشرط في منع الكل وذكر أداة التعليق ولكنه ليس على طريقة لأنه منع لا إلى غاية والشرط منه إلى غاية تحققه كما يفيده أكرم بني تميم إن دخلوا ولذا لم يورده في بحث التعليقات ولفظ استثناء اسم توقيفي قال تعالى * (ولا يستثنون) * (سورة القلم الآية ١٨) أي لا يقولون إن شاء الله مطلب الاستثناء يثبت حكمه في صيغ لإخبار لا في لأمر ولنهي وللمشاركة في الاسم أيضا اتجه ذكره في فصل الاستثناء وإنما يثبت حكمه في صيغ الإخبار وإن كان إنشاء إيجاب لا في الأمر والنهي فلو قال أعتقوا عبدي من بعد موتي إن شاء الله لا يعمل." (١)

"عن الشافعية خلافه اه قوله (إن كان بحال الخ) أما لو لم يكن بتلك الحال لا يجوز له الاعتماد عليهما كما في الفتح وغيره قلت ومقتضى هذا الفرع أن من وصل في الغضب إلى حال لا يدري فيها ما يقول يقع طلاقه وإلا لم يحتج إلى اعتماد قول الشاهدين إنه استثنى مع أنه مر أول الطلاق أنه لا يقع طلاق المدهوش وأفتى به الخير الرملي فيمن طلق وهو مغتاظ مدهوش لأن الدهش من أقسام الجنون ولا يخفى أن من وصل إلى حالة لا يدري فيها ما يقول كان في حكم المجنون وقدمنا **الجواب** هناك بأنه ليس المراد بما هنا أنه وصل إلى حالة لا يدري ما يقول بأن لا يقصده ولا يفهم معناه بحيث يكون كالنائم والسكران بل المراد قد ينسى ما يقول لاشتغال فكره باستيلاء الغضب والله تعالى أعلم مطلب فيما لو دعى ستثناء وأنكرته لزوجة قوله (ويقبل قوله الخ) قال الخير الرملي في حواشي المنح لم يذكر أهو بيمينه وكذلك صاحب البحر والنهر والكمال ولم أره لأحد وينبغي على ما هو المعتمد أإن يكون بيمينه إذا

أنكرته الزوجة وأما إذا لم تنكره فلا يمين عليه اللهم إلا إذا اتهمه القاضي اه قوله (إن ادعاه وأنكرته) أي ادعى الاستثناء ومثله الشرط كما في الفتح وغيره وقيد بإنكارها لأنه محل الخلاف إذ لو لم يكن له منازع فلا **إشكال** في أن القول قوله كما صرح به في الفتح قلت لكن في التاترخانية عن الملتقط إذا سمعت المرأة الطلاق ولم تسمع الاستثناء لا يسعها أن تمكنه من الوطء اه أي فيلزمها منازعته إذا لم تسمع قال في البحر ولو شهدوا بأنه طلق أو خالع بلا استثناء أو شهدوا بأنه لم يستثن تقبل وهذا مما تقبل فيه البينة على النفي لأنه في المعنى أمر وجودي لأنه عبارة عن ضم الشفتين عقيب التكلم بالموجب وإن قالوا طلق ولم نسمع غير كلمة الخلع والزوج يدعي الاستثناء فالقول له لجواز أنه قاله ولم يسمعوه والشرط سماعه لا سماعهم على ما عرف في الجامع الصغير اه قال في النهر عقبه وفي فوائد شمس الإسلام لا يقبل قوله وفي الفصول وهو الصحيح اه قلت وكذا لا يقبل قوله إذا ظهر منه دليل صحة الخلع كقبض البدل أو نحوه كما في جامع الفصولين قال في التاترخانية والمراد ذكر البدل لا حقيقة الأخذ فعلى هذا إذا ذكر البدل وقت الطلاق والخلع لا يصدق قضاء في دعوى الاستثناء اه قوله (وقيل لا يقبل الخ) قال الخير الرملي أقول حيثما وقع خلاف وترجيح لكل من القولين فالواجب الرجوع إلى ظاهر الرواية لأن ما عداها ليس مذهبا لأصحابنا وأيضا كما غلب الفساد في الرجال غلب في النساء فقد تكون كارهة له فتطلب

---

(١) حاشية رد المحتار، ٤٠١/٣

الخلاص منه فتفتري عليه فيفتي المفتي بظاهر الرواية الذي هو المذهب ويفوض باطن الأمر إلى الله تعالى فتأمل وأنصف من نفسك." (١)

"قلت والأقرب في **الجواب** أنه لما أخرج نصفا له حكم الكل وأبقى نصفا كذلك أوقعنا عليه طلقة بما أبقى ولم يصح إخراجه لأنه لو صح لزم إخراج طلقة حكمية من طلقة حكمية فيلغو قوله (فكأنه استثنى من ثلاث مقدر) قلت وجهه أن لفظ طالق لا يحتمل الثنتين لأنهما عدد محض بل يحتمل الفرد الحقيقي أو الجنس حنث الثلاث والأول لا يصح هنا لأنه يلزم منه إلغاء الاستثناء فتعين الثاني فافهم قوله (في أيمان الفتح) خبر عن ما وليس نعتا لفروع لأن الفرع الأول فقط في أيمان الفتح ح قوله (وقع الثلاث) يعني بدخول واحد كما أخذت عليه عبارة أيمان الفتح حيث قال ولو قال لامرأته والله لا أقربك ثم قال والله لا أقربك فقربها مرة لزمه كفارتان اه والظاهر أنه إن نوى التأكيد بدين ح قلت وتصوير المسألة بما إذا ذكر لكل شرط جزاء فلو اقتصر على جزاء واحد ففي البزازية إن دخلت هذه الدار فعبدي حر وهما واحد فالقياس عدم الحنث حتى الخطبة دخلتين فيها والاستحسان يحنث بدخول واحد ويجعل الباقي تكرارا وإعادة اه ثم ذكر **إشكالا وجوابه** وذكر عبارته بتمامها في البحر عند قوله والملك يشترط لآخر الشرطين وقوله وهما واحد أي الداران في الموضعين واحد بخلاف ما لو أشار إلى دارين فلا بد من دخولين كما هو ظاهر قوله (لم تطلق) هذا مبني على قول ضعيف كما حققناه عند قوله وزوال الملك لا يبطل اليمين فافهم قوله (بخلاف ما لو قدم الجزاء) هكذا في بعض النسخ وفي بعضها بخلاف ما لو لم يؤخذ الجزاء وكلاهما صحيح وأما ما في بعض النسخ بخلاف ما لو أخر الجزاء فقال ح صوابه قدم الجزاء ومع ذلك فقد ترك ما إذا وسطه قال في النهر وفي المحيط لو قال إن تزوجتك وإن تزوجتك فأنت طالق لم يق حتى يتزوجها مرتين بخلاف ما إذا قدم الجزاء أو وسطه اه كلام النهر وفضله في الفتاوى الهندية فقال وإن كرر بحرف العطف فقال إن تزوجتك وإن تزوجتك أو قال إن تزوجتك فإن تزوجتك أو إذا تزوجتك أو متى تزوجتك لا يقع الطلاق حتى يتزوجها مرتين ولو قدم الطلاق فقال أنت طالق إن تزوجتك وإن تزوجتك فهذا على تزوج واحد ولو قال إن تزوجتك فأنت طالق وإن تزوجتك طلقت." (٢)

"تلك الرجعة كانت صحيحة وإن كان مقتضى إنكاره الوطء أنها لا تصح لأنها على زعمه قبل الدخول والمطلقة لا رجعة لها لكن لما ثبت نسبه منه صار مكذبا شرعا فصحت رجعته مطلب فيما قيل إن لحبل لا يثبت إلا بالولادة قوله (وتوقف ظهور صحتها الخ) اعلم أنه قال في الوقاية طلق ذات حمل أو ولد وقال لم أطأ راجع ا هـ ومثله في الكنز والهداية وغيرهما واعترضهم المحقق صدر خالف بأن ذات الحمل فيها **إشكال** وذلك أن وجود الحمل وقت الطلاق أنما يعرف إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقته وإذا ولدت انقضت العدة فكيف يملك الرجعة ولا يرد انه يملك الرجعد قبل وضع الحمل أي بأن يحكم بصحتها قبله لأنه لما أنكر الوطء لم يكن مكذبا شرعا إلا بعد الولادة لأقل من ستة أشهر لا قبلها فالصواب أن يقال ومن طلق حاملا منكرا وطأها فراجعها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر صحت الرجعة ا هـ ملخصا وقد تبعه

---

(١) حاشية رد المحتار، ٣/٤٠٥

(٢) حاشية رد المحتار، ٣/٤١٣

المصنف في متنه كما رأيت وقد أشار الشارح إلى **الجواب** عن الوقاية بأن قوله راجع معناه أنه لو راجع قبل الولادة وصحت رجعته متوقفة على الولادة لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق وتوقف ظهور صحتها على الولادة لا ينافي صحتها لكن لا يخفى ما في ذلك من البعد لكن انتصر في البحر للمشايخ ورد قول صدر خالف أن وجود الحمل الخ بأن الحمل يثبت قبل الوضع ويثبت

به النسب لما صرحوا به باب خيار عقب أن حمل الجارية المبيعة يثبت بظهوره قبل الوضع وفي باب ثبوت النسب أنه يثبت بالحبل الظاهر ا هـ أي وإذا كان الحمل يثبت قبل الولادة يمكن الحكم بصحة الرجعة قبلها ورده أيضا يعقوب باشا في حواشيه عليه من وجهين أحدهما ما مر عن البحر والثاني أنه سيجيء في المسألة الآتية أنه لو راجعها ثم ولدته لأقل من عامين ثبت نسبه قال فعلم أن الحمل يعرف بالولادة لأكثر من ستة أشهر ا هـ وأقره في النهر أقول قد أجاب عن الوجه الأول العلامة المقدسي حيث قال إن كلام صدر خالف تحقيق بالقبول حقيق وقول من رده بأن الحمل يثبت قبل الوضع ويثبت النسب به قبله مردود أما ما استدل به في باب خيار عقب فرواية ضعيفة عن محمد أنه يرد بشهادة المرأة بالعيب وعن أبي يوسف روايتان أظهرهما أنه إنما يقبل قولها للخصومة لا للرد وأما ما في باب ثبوت النسب من قولهم الحبل الظاهر فإنما يثبت النسب بالفراش والولادة بقول المرأة والخلاف هناك معروف أن أبا حنيفة يقول إذا جحد الزوج ولادة المعتدة لا تثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين إلا أن يكون الحبل ظاهرا فيثبت معه شهادة المرأة وهي القابلة فليس في هذا أن الحبل يثبت وإنما ظهوره يؤيد شهادة المرأة وأما ثبوته فمتوقف على الولادة كما نص عليه في المبسوط فيما لو قال إن حبلت." (١)

"المثلثة، أما بضمها فالكثير من الناس أو من الدراهم، وبكسرها الهلكة كما في القاموس.

قوله: (وثوب) أي يضره التبعيض، أما في الكرباس فينبغي جوازه في ذراع واحد كما في الطعام الواحد، بحر عن غاية البيان.

قلت: ووجهه ظاهر، فإن الكرباس في العادة لا يختلف ذراع منه عن ذراع، ولذا فرض القهستاني المسألة فيما يختلف في القيمة وقال: فإن الذراع من مقدم البيت أو الثوب أكثر قيمة من مؤخرة ا هـ.

فأفاد أن ما لا يختلف مقدمه ومؤخره فهو كالصبرة.

قوله: (كل شاة) أما لو قال شاتين بعشرين، وسمى الجملة مائة مثلا كان باطلا إجماعا وإن وجده كما سمى، لان كل شاة لا يعرف ثمنها إلا بانضمام غيرها إليها.

قاله الحدادي، وفي الخانية: ولو كان ذلك في مكيل أو موزون أو عددي متقارب جاز.

نهر.

قوله: (وإن علم) أي بعد العقد كما يفيده ما يأتي.

قوله: (ولو رضيا الخ) في السراج: قال الحلواني: الاصح أن عند أبي حنيفة إذا أحاط علمه بعدد الاغنام في المجلس لا ينقلب صحيحا، لكن لو كان البائع على رضاه ورضى المشتري ينعقد البيع بينهما بالتراضي، كذا في الفوائد الظهيرية، ونظيره البيع

---

(١) حاشية رد المحتار، ٣/٤٤٥

بالرقم ا هـ بحر.

وفي المجتبى: ولو اشترى عشر شياه من مائة شاة أو عشر بطيخات من وقر فالبيع باطل، وكذا الرمان، ولو عزلها البائع وقبلها اشترى جاز استحسانا، والعزل والقبول بمنزلة إيجاب وقبول ا هـ.

ومثله في التتارخانية وغيرها.

قال الخير الرملي: وفيه نوع **إشكال**، وهو أنه تقدم أن التعاطي بعد عقد فاسد لا ينعقد به البيع ا هـ.

وانظر ما قدمناه من **الجواب** عند الكلام على بيع التعاطي.

مطلب: البيع بالرقم قوله: (ونظيره البيع بالرقم) بسكون القاف: علامة يعرف بها مقدار ما وقع به البيع من الثمن، فإذا لم يعلم المشتري ينظر إن علم في مجلس البيع نفذ، وإن تفرقا قبل العلم بطل.

درر من باب البيع الفاسد.

وتعقبه في الشرنبلالية بأن النافذ لازم، وهذا فيه الخيار بعد العلم بقدر الثمن في المجلس، وبأن قوله: بطل غير مسلم لانه فاسد، يفيد الملك بالقبض وعليه وقيمته، بخلاف الباطل.

وأجيب عن الاول بأنه ليس كل نافذ لازما، فقد شاع أخذهم النافذ مقابلا للموقوف ا هـ.

وفي الفتح: أن البيع بالرقم فاسد، لان الجهالة تمكنت في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم، وصارت بمنزلة القمار للخطر الذي فيه أنه سيظهر كذا وكذا، وجوازه فيما إذا علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطي كما قاله الحلواني ا هـ.

وانظر ما قدمناه في بحث البيع بالتعاطي.

قوله: (ولو سمى الخ) أي في صلب العقد، فلا ينافي قوله: وإن علم عدد الغنم في المجلس الخ.

قال في البحر: قيد بعدم تسمية ثمن الكل، لانه لو سمى كما إذا قال: بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم." (١)

"المزيدة، فافهم قوله: (ويضم الرمز للرمز) كذا في بعض النسخ: أي يضم الرمز المزيد بلفظ تتصدر للرمز السابق، وفي بعض النسخ ويضم لرمز الرمز بجر الاول باللام والثاني بالاضافة، وهذه النسخة ألطف وعليها ففي يضم ضمير يعود للرمز المزيد، ويكون المراد بالرمز المجرور باللام الرمز السابق عن العيني، وبالرمز المجرور بالاضافة شرح الكنز للعيني، فإن اسمه الرمز.

وفي ط: فيصير المعنى اسحق عزك: أي امحقه بتواضعك وعظم لله تعالى في قلبك، فامتثل أمره ونهيه، وعظم الناس بإنزالهم منزلتهم تصير صدرا: أي مقدما ومقربا عند الله تعالى وعند الناس قوله: (ولم أره لاحد) أي لم ير الرمز بتتصدر، وإلا فالمسائل في المنح والبحر ط قوله: (أجاز من له الخيار) أي أجاز بالقول أو بالفعل كالاعتاق والوطئ ونحوهما كما يأتي.

وفي جامع الفصولين: إذا قال أجزت شراءه أو شئت أخذه أو رضيت أخذه بطل خياره، ولو قال: هويت أخذه أو أحببت أو أردت أو أعجبني أو وافقني لا يبطل لو اختار الرد أو القبول بقلبه، فهو باطل لتعلق الاحكام بالظاهر لا بالبطن قوله: (ولو مع جهل صاحبه) أي العاقد معه، أما لو كان للمشتريين ففسخ أحدهما بعيبه الآخر لم يجز كما في جامع الفصولين قوله: (لهما) أي لكل من المتعاقدين قوله: (فليس للآخر الاجازة) أي إلا إذا قبل الاول إجازته، يدل عليه ما في جامع

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥/٤٧

الفصولين: باعه بخيار ففسخه في المدة انفسخ، فإن قال بعده: أجزت، وقبل المشتري جاز استحسانا، ولو كان الخيار للمشتري فأجاز ثم فسخ وقبل البائع جاز وينفسخ ا هـ.

فيكون الاول بيعا آخر كما سيذكره الشارح، والثاني: إقالة قوله: (لان المفسوخ لا تلحقه الاجازة) فيه **إشكال** سيذكره الشارح مع **جوابه** قوله: (لا يصح إلا إذا علم الآخر) هذا عندهما.

وقال أبو يوسف: يصح، وهو

قول الائمة الثلاثة.

قال الكرخي: وخيار الرؤية على هذا الخلاف، وفي العيب: لا يصح فسخه بدون علمه إجماعا، ولو أجاز البيع بعد فسخه قبل أن يعلم المشتري جاز وبطل فسخه.

ذكره الاسبيجابي: يعني عندهما.

وفيه يظهر أثر الخلاف فيما إذا باعه بشرط أنه إذا غاب فسخ فسد البيع عندهما خلافا لابي يوسف، ورجح قوله في الفتح.

نهر قوله: (فلو لم يعلم) أي في مدة الخيار، سواء علم بعدها أو لم يعلم أصلا قوله: (أن يستوثق بكفيل) الذي في العيني: أن يأخذ منه وكيلا: يعني إذا بدا له الفسخ رده عليه ا هـ.

ومثله في البحر وغيره ح قوله: (أو يرفع الامر للحاكم لينصب الخ) في العمادية: وهذا أحد قولين، وقيل: لا ينصب لانه ترك النظر لنفسه بعدم أخذ الوكيل فلا ينظر القاضي إليه.

وتمامه في النهر قوله: (لصحته بالفعل بلا علمه) مثال الفسخ بالفعل يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك، كما إذا أعتق المبيع أو باعه أو كان جارية فوطئها أو قبلها، أو أن يكون الثمن عينا فتصرف فيه المشتري تصرف الملاك فيما إذا كان الخيار للمشتري، صرح به الاكمل في العناية وغيره من المشايخ.

منح.

والمراد بقوله أن يتصرف البائع الخ: أن يكون الخيار له وتصرف كذلك فيكون فسخا حكميا لانه دليل استبقاء المبيع على ملكه.

وأما لو كان الخيار." (١)

"تنبيه: لو زال العيب رجع المشتري على البائع بالارش الذي دفعه إليه، كما لو ابيضت عين الجارية في يد المشتري فاسدا وردها مع نصف القيمة ثم ذهب البياض فعلى البائع رد الارش كما في التاترخانية، ومثله ما قدمناه عنها فيما لو زوج المشتري الامة ثم فسخ البيع وأخذ البائع نقصان التزويج ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها رجع المشتري على البائع بما أخذ.

قوله: (صار مستردا) حتى لو هلك عند المشتري ولم يوجد منه حبس عن البائع هلك على البائع.

جامع الفصولين.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥/٩٠

قوله: (خير البائع) إن شاء أخذه من المشتري وهو يرجع على الجاني، وإن شاء اتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري.
جامع الفصولين.
قوله: (وكره تحريما مع الصحة) أشار إلى وجه تأخير المكروه عن الفاسد مع اشتراكهما في حكم المنع الشرعي والاثم، وذلك أنه دونه من حيث صحته وعدم فساده، لان النهي باعتبار معنى مجاور للبيع لا في صلبه ولا في شرائط صحته، ومثل هذا النهي لا يوجب الفساد بل الكراهية كما في الدرر.
وفيها أيضا أنه لا يجب فسخه ويملك المبيع قبل القبض ويجب الثمن لا القيمة ا هـ.
لكن في النهر عن النهاية أن فسخه واجب على كل منهما أيضا صونا لهما عن
المحظور وعليه مشى الشارح في آخر الباب، ويأتي تمامه.
قوله: (عند الاذان الاول) وهو الذي يجب السعي عنده.
قوله: (إلا إذا تبايعا يمشيان الخ) قال الزيلعي: هذا مشكل، فإن الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا، فمن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ، فلا يجوز بالرأي.
شرنبلالية.
والجواب ما أشار إليه الشارح من أن النص معلل بالاخلال بالسعي ومخصص، لكن ما مشى عليه الشارح هنا مشى على خلافه في الجمعة تبعا للبحر والزيلعي.
قوله: (وقد خص منه الخ) **جواب** ثان: أي والعام إذا دخله التخصيص صار ظنيا فيجوز تخصيصه ثانيا بالرأي: أي بالاجتهاد، وبه اندفع قول الزيلعي: فلا يجوز بالرأي.
قلت: وفيه نظر، فإن **إشكال** الزيلعي من حيث أن قوله تعالى: * (وذروا البيع) * مطلق عن التقييد بحالة دون حالة، فإن مفاد الآية الامر بترك البيع عند النداء، وهو شامل لحالة المشي، والذي خص منه من لا تجب عليه الجمعة هو الواو * (فاسعوا) * ولا يلزم منه تخصيص من ذكر أيضا في * (وذروا البيع) * لان القرآن في النظم لا يلزم منه المشاركة في الحكم كما تقرر في كتب الاصول، نظيره قوله تعالى: * (أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة) * فإن الخطاب عام في الموضعين، لكن خص الدليل من الاول جماعة كالمريض العاجز، ومن الثاني جماعة كالفقير من أن المريض تلزمه الزكاة والفقير تلزمه الصلاة.
والحاصل: أن الدليل خص من وجوب السعي جماعة كالمريض والمسافر، ولم يرد الدليل بتخصيص هؤلاء من وجوب ترك البيع فيبقى الامر شاملا لهم، إلا أن يعلل بترك الاخلال بالسعي فيرجع إلى **الجواب** الاول فلم يفد الثاني شيئا، فتأمل.
قوله: (وكره النجش) لحديث الصحيحين: لا تتلقى الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا، ولا يبع حاضر لباد.
فتح.
قوله: (أو يمدحه) تفسير آخر، عبر عنه في النهر بقيل نقلا عن القرماني في شرح المقدمة قال: وفي القاموس ما." (١)

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥/٢٢٢

"للمطالبة بالكلية وليس هناك كفالة بالمال، وهنا المراد ثبوت كفالة المال المعلقة على عدم الموافاة مع القدرة والموت هنا محقق لكفالة المال ومثبت للضمان، فإذا جعلت الغيبة المذكورة كالموت بالمعنى المراد فيما مر وهو سقوط المطالبة بالنفس للعجز عن تسليمه لا يلزم منه ثبوت ضمان المال المعلق على عدم الموافاة مع القدرة، بل يلزم عدم ثبوته لتحقق العجز، وإن جعلت كالموت بالمعنى المراد هنا هو ثبوت الضمان نافي قولهم مع القدرة، وقد علمت أن الغيبة المذكورة عجز مناف للضمان، وأنهم لم يستثنوا من العجز إلا الموت والجنون، على أن جعلها كالموت في ثبوت الضمان خلاف ما أراده في البزازية والخلاصة لانهما إنما ذكرا ذلك في كفالة النفس المجردة عن كفالة المال، وقد صرح أصحاب المتون وغيرهم بأن الغيبة المذكورة مسقطة للمطالبة بالتسليم وذلك مناف لثبوت الضمان: أي ضمان النفس، فلا يصح الاستدلال بتلك العبارة على كون الغيبة المذكورة مسقطة للمطالبة بالمال في مسألتنا، وإنما تسقط المطالبة بالنفس فقط، وأما المطالبة بالمال فهي في حكم الكفالة الاخرى المعلقة على عدم الموافاة مع القدرة، فإذا وجد ما علقت عليه ثبتت، وإلا فلا، ومع الغيبة المذكورة لم توجد القدرة فلا تثبت المطالبة بالمال كمالا يخفى.

مطلب حادثة الفتوى فإذا علمت ذلك ظهر لك **جواب** حادثة الفتوى قريبا من كتابتي لهذا المحل، وهي: رجلان عليهما ديون فكفلهما زيد كفالة مال وكفلهما عند زيد أربعة رجال على أنهم إن لم يوافوه بالمطلوبين عند حلول الاجل فالمال المذكور عليهم، ثم حل الاجل وأدى زيد إلى أصحاب الديون وطالب الاربعة بالمطلوبين فأحضروا له أحدهما وعجزوا عن إحضار الآخر لكونه سافر إلى بلاد الحرب ولا يدرى مكانه.

فأجبت: بأنه لا يلزمهم المال للعجز عن الموافاة بالغيبة المذكورة، فعارضني الحاكم الشرعي بعبارة البزازية المارة فأجبته بما حررته، والله سبحانه أعلم.

قوله: (كما أفاده بقوله الخ) أي أفاد بعضه لانه لم يذكر

الجنون، لكن يفهم حكمه من الموت لان المستحق عليه تسليم يكون ذريعة إلى الخصام ولا يتحقق ذلك مع الجنون كالموت.

قوله: (أو مات المطلوب) يعني بعد الغد، كذا في الفتح وبهذا يزول **إشكال** المسألة، وهو أن شرط الضمان عدم الموافاة مع القدرة، ولا شك أنه لا قدرة على الموافاة بالمطلوب بعد موته، فإذا قيد الموت بما بعد الغد يكون قد وجد شرط الضمان قبله، لان فرض المسألة عدم الموافاة به غدا كما نبه عليه الشارح بقوله: في الصورة المذكورة أي المقيدة بالغد، لكن مفاده أنه لو لم يقيد بالغد لا يثبت الضمان بالموت مع أنه صرح في الفتح أيضا بأنه لا فرق بين المقيد والمطلق، فليتأمل.

ثم رأيت في كافي الحاكم قيد بقوله: فمات المكفول به قبل الاجل ثم حل الاجل فالمال على الكفيل، فهذا مخالف لقول الفتح: يعني بعد الغد.

قوله: (في الصورتين) أي صورة عدم الموافاة مع القدرة وصورة موت المطلوب، وموت المطلوب وإن أبطل الكفالة بالنفس فإنما هو في حق تسليمه إلى الطالب لا في حق المال.

بحر.

قوله: (بشرط متعارف) فلو قال إن وافيتك به غدا فعلي ما عليه ثم وافى به لم يلزمه المال، لانه شرط لزومه إن أحسن إليه،

كذا في منية المفتي: يعني أنه تعليق بشرط غير متعارف.

نهر.

لكن في جامع الفصولين: لو قال إن وافيتك به غدا فعلي المال لم تصح الكفالة، بخلاف إن لم أوافك به غدا ا هـ.." (١)

"أمره في حق الرجوع لفساد الامر بالاكراه فلا رجوع للمأمور عليه.

قوله: (بلا شرط) أي بلا شرط الرجوع.

قوله: (على الصحيح) مخالف لما قدمه في النفقات من أن الصحيح عدم الرجوع، وبه يفتى، ففيه اختلاف التصحيح كما ذكرناه آنفا.

قوله: (على هامشها) أي هامش البزازية وفي القاموس: الهامش حاشية الكتاب.

مولد.

تتمة: من أصحابنا من قال: الافضل أن يساوي أهل محلته في إعطاء النائبة.

قال القاضي: هذا كان في زمانهم لانه على إعانة على الحاجة والجهاد، أما في زماننا فأكثر النوائب تؤخذ ظلما، ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له.

نهر.

وتمامه في الفتح.

ونقل في القنية أن الاولى الامتناع إن لم يحمل حصته على الباقين، وإلا فالاولى عدمه.

ثم قال: وفيه **إشكال** لان الاعطاء إعانة للظالم على ظلمه.

قوله: (أي النصيب من النائبة) أي حصة الشخص منها إذا قسمها الامام.

فتح قوله (وقيل هي النائبة الموظفة) والمراد بالنوائب ما هو منها غير راتب فتغايرا فتح قوله: (وقيل غير ذلك) قال في النهر: وقيل هو أن يقسم ثم يمنع

أحد الشريكين قسم صاحب.

وقال الهندواني: هي أن يمتنع أحد الشريكين من القسمة فيضمنه إنسان ليقوم مقامه فيها.

قوله: (فإنه أمن) بقصر الهمزة على تقدير مضاف: أي ذو أمن أو يمدها على صورة اسم الفاعل بمعنى المفعول كساحل بمعنى مسحول أو بمعنى آمن سالكه مثل نهاره صائم، وعلى الوجهين عيشة راضية.

قوله: (لم يضمن) مثله كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله فمات لا ضمان عليه، وكذا لو أخبره رجل أنها حرة فتزوجها ثم ظهرت مملوكة فلا رجوع بقيمة الولد على المخبر.

أشباه ط.

قوله: (والمسألة بحالها) أي فسلكه وأخذ ماله ط.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥/٤٢٩

قوله: (ضمن) أما لو قال له إن أكل ابنك سبع أو أتلف مالك سبع فأنا ضامن لا يصح.

هندية.

لما تقدم من أن السبع لا يكفل وإن فعله جبار ط.

قوله: (هذا وارد الخ) أقول: صحة الضمان لا من حيث صحة الكفالة حتى يرد ما ذكر، بل من حيث إنه غره لان الغرور يوجب الرجوع إذا كان بالشرط أبو السعود.

ط.

ولذا أعقبه الشارح بذكر الاصل، لكن يأتي أن ضمان الغرر في الحقيقة هو ضمان الكفالة.

ثم اعلم أن المصنف في ذكر هذه المسألة صاحب الدرر عن العمادية، وعزاها البيري إلى الذخيرة بزيادة أن المكفول عنه مجهول، ومع هذا جوزوا الضمان ا هـ.

لكن قال في الثالث والثلاثين من جامع الفصولين برمز المحيط: ما ذكر من الجواب مخالف لقول القدوري: من قال لغيره من غصبك من الناس أو من بايعت من الناس فأنا ضامن لذلك فهو باطل ا هـ.

وأجاب في نور العين بأن عدم الضمان في مسألة القدوري لعدم التغرير فظهر الفرق.." [1]

"(ودم عمد) أي بدل الصلح عن دم عمد.

قال في أنفع الوسائل: معناه أنه لو قتل مورثه عمدا فصالحه على مال فادعى أنه فقير يكون القول قول القاتل في ذلك لانه ليس بدلا عن مال، وما صرح بهذه أحد سوى الطحاوي في اختلاف الفقهاء، وهو صحيح موافق للقواعد وداخل تحت قولهم عما ليس بمال ا هـ.

قال في البحر: ويشكل جعلهم القول فيه للمديون مع أنه التزمه بعقد ا هـ.

أقول: لا إشكال فيه، لان ذلك مبني على القول بعدم اعتبار العقد، وأن المعتبر هو كون الدين بدلا عن مال وقع في يد المديون كما علمته مما نقلناه سابقا من عبارة الطحاوي، وهذا القول هو الذي مر عن الخانية، وأما على القول الذي مشى عليه القدوري وصاحب الاختيار وغيرهما من أصحاب المتون من أن المعتبر ما كان بدلا عن مال أو ملتزما بعقد، وإن لم يكن بدلا عن مال، فلا شك في دخول هذه الصورة في العقد، فتكون على هذا القول من القسم الاول الذي يكون القول فيه للمدعي لانها كالمهر، وإنما يشكل الامر لو صرح أحد من أهل هذا القول بأن بدل دم العمد يكون القول فيه للمديون، مع أنه لم يصرح بذلك أحد إلا الطحاوي القائل بالقول الاول، فعلمنا أنه مبني على أصله من أنه لا يعتبر العقد أصلا، فمعارضة أهل القول الثاني بهذا القول غير واردة والاشكال ساقط كما قررنا نظيره في مسألة الخلع، وبهذا ظهر أن الصواب إسقاط هذه الصورة أيضا وذكرها في القسم الاول.

قوله: (وعتق حظ شريك) أي لو أعتق أحد شريكي عبد حصته منه بلا إذن الآخر واختار الآخر تضمينه فادعى المعتق الفقر فالقول له، لان تضمينه لم يجب بدلا عن مال وقع في يده، ولا ملتزما بعقد حتى يكون دليل قدرته، بل هو في الحقيقة

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥/٤٦٨

ضمان إتلاف.

قوله: (وأرش جناية) هذا وما بعده مرفوع عطفا على بدل لا على خلع المجرور، لان الارش هو بدل الجناية، والمراد أرش جناية موجبها المال دون القصاص.

قوله: (ونفقة قريب وزوجة) أي نفقة مدة ماضية مقضي بها أو متراض عليها، لكن نفقة القريب تسقط بالمضي إلا إذا كانت مستدانة بالامر، وسيذكر المصنف مسألة النفقة.

قوله: (ومؤجل مهر) استشكله في البحر بأنه التزمه بعقد: أي فيكون من القسم الاول، لكن **جوابه** أنه لما علم عدم مطالبته به في الحال لم يدل على قدرته عليه، بخلاف المعجل شرطا أو عرفا.

قوله: (قلت ظاهره ولو بعد طلاق) هذا هو المتعين، لانه قبل الطلاق أو الموت لا يطالب به فكيف يتوهم حبسه به.

قوله: (وفي نفقات البزازية الخ) الانسب ذكر هذا عند قول المتن الآتي إلا أن يبرهن غريمه على غناه وعبارة البزازية كما في البحر: وإن لم يكن لها بينة على يساره وطلبت من القاضي أن يسأل من جيرانه لا يجب عليه السؤال، وإن سأل كان حسنا، فإن سأل فأخبره عدلان

بيساره ثبت اليسار، بخلاف سائر الديون حيث لا يثبت اليسار بالاخبار، وإن قالا سمعنا أنه موسر أو بلغنا ذلك لا يقبله القاضي ا هـ.

قوله: (لكن الخ) فإن قوله: ما لم يثبت غناه المتبادر منه كونه بالشهادة، ويمكن أن يقال الثبوت في دين النفقة بالاخبار في غيره بالاشهاد، فعبارته غير معينة ط.

قلت: لكن قول المصنف الآتي إلا أن يبرهن يقتضي عدم الفرق.

نعم عبارة الكنز والهداية:." (١)

"البحر: ولي **إشكال** في عبارة الكتاب هو أن أصل المسألة مفروض في خارجين تنازعا فيما في يد ثالث، فإذا كان مع أحدهما قبض كان ذا يد تنازع مع خارج فلم تكن المسألة.

ثم رأيت في المعراج ما يزيله من جواز أنه أثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان وهو الآن في يد البائع ا هـ إلا أنه يشكل ما ذكره بعده عن الذخيرة بأن ثبوت اليد لاحدهما بالمعاينة ا هـ والحق أنها مسألة أخرى وكان ينبغي إفرادها.

وحاصلها: أن خارجا وذا يد ادعى كل الشراء من ثالث وبرهنا قدم ذو اليد في الوجوه الثلاثة والخارج في وجه واحد ا هـ.

وقد أشار المصنف إلى ذلك حيث ذكر قوله: ولذي وقت ولكن كان عليه أن يقدمه على قوله: ولذي يد لانه من تتمة المسألة الاولى، ويكون قوله: ولذي استئناف مسألة أخرى.

فرع: سئل في شاب أمرد كره خدمة من هو في خدمته لمعنى هو أعلم بشأنه وحقيقته فخرج من عنده فاتهمه أنه عمد إلى بينته وكسره في حال غيبته وأخذ منه كذا المبلغ سماه وقامت أمارة عليه بأن غرضه منه استبقاؤه واستقراره في يده على ما سيتواخاه، هل يسمع القاضي والحالة هذه عليه دعواه ويقبل شهادة من هو متقيد بخدمته وأكله وشربه من طعامه ومرقته

---

(١) حاشية رد المحتار، ٥/٥٢٥

والحال أنه معروف بحب الغلمان؟ **الجواب** ولكم فيسح الجنان.

الجواب: قد سبق لشيخ الاسلام أبي السعود العمادي رحمه الله تعالى في

مثل ذلك فتوى بأنه يحرم على القاضي سماع مثل هذه الدعوى معللا بأن مثل هذه الحيلة معهود فيما بين الفجرة، واختلافاتهم فيما بين الناس مشتهرة، ومن لفظه رحمه الله تعالى فيها لا بد للحكام أن لا يصغوا إلى مثل هذه الدعاوى بل يعزر والمدعى ويحجزوه عن التعرض لمثل ذلك الغمر المنخدع، وبمثله أفتى صاحب تنوير الابصار لانتشار ذلك غالب القرى والامصار.

ويؤيد ذلك فروع ذكرت في باب الدعوى تتعلق باختلاف حال المدعي وحال المدعى عليه، ويزيد ذلك بعد شهادة من بعشائه يتعشى وبغدائه يتغدى، فلا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، إنا لله وإنا إليه راجعون، ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن، والله تعالى أعلم.

فتاوى خيرية.

وعبارة المصنف في فتاواه بعد ذكر فتوى أبي السعود وأنا قول: إن كان الرجل معروفا بالفسق وحب الغلمان والتحيل لا تسمع دعواه ولا يلتفت القاضي لها، وإن كان معروفا بالصلاح والفلاح فله سماعها، والله تعالى أعلم.

قوله: (فقط) أقول: التاريخ في الملك المطلق لا عبرة به من طرف واحد، بخلافه في الملك يسبب كما هو معروف، قاله شيخ والدي مدني.

قوله: (والشراء أحق من هبة) أي لو برهن خارجان علي ذي يد أحدهما على الشراء منه والآخر على الهبة منه كان الشراء أولى، لانه أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه، والملك في الهبة يتوقف على القبض، فلو أحدهما ذا يد والمسألة بحالها يقضي للخارج أو للاسبق تاريخا، وإن أرخت إحداهما فلا ترجيح، ولو كل منهما ذا يد فهو لهما أو للاسبق تاريخا كدعوى ملك مطلق وأطلق في الهبة وهي مقيدة بالتسليم، وبأن لا تكون بعوض وإلا كانت بيعا، وأشار إلى استواء الصدقة والهبة المقبوضتين للاستواء في التبرع، ولا ترجيح للصدقة باللزوم لانه يظهر في ثاني الحال، وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل، والهبة قد تكون لازمة كهبة محرم، والصدقة قد لا تلزم بأن كانت لغني ا هـ ملخصا من البحر.

وفيه: ولم أر حكم الشراء الفاسد مع." (١)

"لان فوات حقه مضاف إلى تقصيره، فإن لم يمكن التدارك لا يصح الاقرار في حقه، فإذا أقرت بعد شهر أمكن الزوج التدارك، وبعد شهرين لا يمكنه، وكذا الطلاق والعدة حتى لو طلقها ثنتين ثم أقرت يملك الثالثة، ولو أقرت قبل الطلاق تبين بثنتين، ولو مضت من عدتها حيضتان ثم أقرت يملك الرجعة، ولو مضت حيضة ثم أقرت تبين بحيضتين اه.

قلت: وعلى ما في الكافي لا **إشكال** لقوله إن فوات حقه مضاف إلى تقصيره.

تأمل.

قوله: (حرر عبده) ماض مبني للفاعل وعبده مفعول.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٦/١٢٦

قوله: (فيرث الكل) إن لم يكن له وارث أصلا.

قوله: (أو الباقي) إن كان له وارث لا يستغرق.

قوله: (وشرنبلالية) عبارة الشرنبلالية عن المحيط: وإن كان للميت بنت كان النصف لها والنصف للمقر له ا هـ.

وإن جنى هذا العتيق سعى في جنايته لانه لا عاقلة له، وإن جنى عليه أرش يجب عليه أرش العبد وهو كالمملوك في الشهادة، لان حريته في الظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق ا هـ.

قوله: (أرش العبد) وعليه فقد صار الاقرار حجة متعدية في حق المجني عليه، فينبغي زيادة هذه المسألة على الست المتقدمة آنفا.

قوله: (ونحوه) بأن كرر اليقين أيضا معرفا أو منكرا.

قوله: (كقوله البر حق الخ) هذا مما يصلح للاخبار ولا يتعين **جوابا**.

والذي في الدرر: البر الحق.

وهو في بعض النسخ كذلك، وهو ظاهر فإنه يحمل على الابدال ط.

قوله: (لانه نداء) إي فيما عدا الاخيرة، والنداء: إعلام المنادي وإحضاره لا تحقيق الوصف.

قوله: (حيث ترد) أي لو اشتراها من لم يعلم بهذا الاخبار ثم علم ط.

قوله: (بخلاف الاول) فإن السيد لا." (١)

"إلى القبول.

قال في الهامش: فمن قال بالتمليك يحتاج إلى **الجواب**.

منح.

قوله: (إسقاط) ومن قال للاسقاط لا يحتاج إليه منح.

كذا في الهامش.

قوله: (على قبضه) أي وقبضه.

قال في جامع الفصولين: هبة الدين ممن ليس عليه لم تجز إلا إذا وهبه وأذن له بقبضه جاز صك لم يجز، إلا إذا سلطه على قبضه فيصير كأنه وهبه حين قبضه ولا يصح إلا بقبضه ا هـ.

فتنبه لذلك.

رملي.

قال السائحاني: وحينئذ يصير وكيلا في القبض عن الامر، ثم أصيلا في القبض لنفسه.

ومقتضاه صحة عزله عن التسليط قبل القبض، وإذا قبض بدل الدراهم دنانير صح، لانه صار الحق للموهوب له فملك الاستبدال، وإذا نوى في ذلك التصدق بالزكاة أجزأه كما في الاشباه اه.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٦/١٨٠

قوله: (ما على أبيه) أي وأمرته بالقبض.

بزازية مدني.

قوله: (للتسليط) أي إذا سلطته على القبض كما يشير إليه قوله: ومنه وفي الخانية: وهبت المهر لابنها الصغير الذي من هذا الزوج الصحيح أنه لا تصح الهبة إلا إذا سلطت ولدها على القبض فيجوز ويصير ملكا للولد إذا قبض ا ه.

فقول الشارح للتسليط أي التسليط صريحا لا حكما كما فهمه السائحاني وغيره، لكن لينظر فيما إذا كان الابن لا يعقل فإن القبض يكون لابيه،

فهل يشترط أن يفرز الاب قدر المهر ويقبضه لابنه أو يكفي قبوله كما في هبة الدين ممن عليه.

قوله: (بالبيع) فلو دفع للموكل عن دين المشتري على أن يكون ما على المشتري للوكيل لا يجوز.

قوله: (وليس منه) أي من تمليك الدين ممن ليس عليه.

قوله: (فتأمله) يمكن **الجواب** بأن المراد الدين الذي لي على فلان بحسب الظاهر هو لفلان في نفس الامر، فلا **إشكال** فتدبر ح.

أقول: ويمكن أن يكون مبينا على الخلاف، فإنه قال في القنية راقما لعلي السعدي: إقرار الاب لولده الصغير بعين من ماله تمليك إن أضافه إلى نفسه في الاقرار، وإن أطلق فإقرار كما في سدس داري وسدس هذه الدار، ثم رقم لنجم الائمة البخاري إقرار في الحالتين لا تمليك اه.

قال في إقرار المنح: فيفيد أن في المسألة خلافا، ولكن الاصل المذكور هو المشهور، وعليه فروع الخانية وغيرها.

وقد يجاب بأن الاضافة في قوله: الدين الذي لي إضافة نسبة لا مالك، كما أجاب به الشارح في الاقرار عن قولهم جميع ما في بيتي لفلان فإنه إقرار، وكذا قالوا من ألفاظ الاقرار جميع ما يعرف بي أو جميع ما ينسب إلي، والله تعالى أعلم.

وقد مرت المسألة قبيل إقرار المريض وأجبنا عنه بأحسن مما هنا فراجعه.

قوله: (غير مقبوضة) فإن قلت: قدم أن الصدقة لفقيرين جائزة فيما يحتمل القسمة بقوله: وصح تصدق عشرة لفقيرين.

قلت: المراد هنا من المشاع أن يهب بعضه لواحد فقط." (١)

"فقد أضرت بأحدهما لنقصان اللبن.

قوله: (ولها الاجر كاملا على الفريقين) ويطيب لها، ولا ينقص من الاجر الاول إن أرضعت ولدهم في المدة المشروطة ويطرح من الاجر بقدر ما تخلفت.

تاترخانية.

قوله: (لشبهها بالاجير الخاص والمشترك) **جواب** **إشكال**، وهو أن أجير الواحد ليس له أن يؤجر نفسه من آخر، فإن آجر لا يستحق تمام الاجر على المستأجر الاول ويأثم.

قال في الذخيرة: وهذا لا يشكل إذا قال أبو الصغير استأجرتك لترضعي ولدي هذا سنة بكذا، لانها في هذه الصورة أجيرة

---

(١) حاشية رد المحتار، ٦/٢٧٩

مشتركة لانه أوقع العقد أولا على العمل، وإنما يشكل إذا قال استأجرتك سنة لترضعي الخ لانه أوقع العقد على المدة أولا، وسيأتي بيانه.

والوجه أن الاجير الواحد في الرضاع يشبه المشترك من حيث إنه يمكنه إيفاء العمل بتمامه إلى كل واحد منهما كالخياط، وإن كان أجير واحد فتأثم لشبهها بأجير الواحد ولها الاجر كاملا لشبهها بالمشترك اه ملخصا.

قوله: (لا تصح الاجارة لعسب التيس) لانه عمل لا يقدر عليه وهو الاحبال.

مطلب في الاستئجار على المعاصي قوله: (مثل الغناء) بالكسر والمد: الصوت، وأما المقصور فهو اليسار.

صحاح.

قوله: (والنوح) البكاء على الميت وتعديد محاسنه.

قوله: (والملاهي) كالمزامير والطبل، وإذا كان الطبل لغير اللهو فلا بأس به كطبل الغزاة والعرس لما في الاجناس: ولا بأس أن يكون ليلة العرس دف يضرب به ليعلن به النكاح.

وفي الولواجية: وإن كان للغزو أو القافلة يجوز.

إتقاني ملخصا.

قوله: (يباح) كذا في المحيط.

وفي المنتقى: امرأة نائحة أو صاحبة طبل أو زمر اكتسبت مالا ردته على أربابه إن علموا وإلا تتصدق به، وإن من غير شرط فهو لها.

قال الامام الاستاذ: لا يطيب، والمعروف كالمشروط اه.

قلت: وهذا مما يتعين الاخذ به في زماننا لعلمهم أنهم لا يذهبون إلا بأجر البتة ط.

مطلب في الاستئجار على الطاعات قوله: (ولا لاجل الطاعات) الاصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليها عندنا لقوله عليه الصلاة والسلام: اقرؤوا القرآن ولا تأكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله (ص) إلى عمرو بن العاص: وإن اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان أجرا ولان القربة متى حصلت وقعت على العامل ولهذا تتعين أهليته، فلا يجوز له أخذ الاجرة من غيره كما في الصوم والصلاة.

هداية.

مطلب: تحرير مهم في عدم جواز الاستئجار على التلاوة والتهليل ونحوه مما لا ضرورة إليه قوله: (ويفتى اليوم بصحتها لتعليم القرآن الخ) قال في الهداية: وبعض مشايخنا رحمهم الله تعالى استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لظهور التواني في الامور الدينية، ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن، وعليه الفتوى اه.

وقد اقتصر على استثناء تعليم القرآن أيضا في متن الكنز و مواهب الرحمن وكثير من الكتب، وزاد في مختصر الوقاية ومتن

الاصلاح تعليم الفقه، وزاد في متن المجمع الامامة، ومثله في متن الملتقى ودرر البحار، وزاد بعضهم: الاذان والاقامة والوعظ، وذكر المصنف." (١)

"في معنى قفيز الطحان إذ لم يستأجره أن يطحن بجزء منه أو بقفيز منه كما في المنح عن جواهر الفتاوى.

قال الرملي: وبه علم بالاولى جواز ما يفعل في ديارنا من أخذ الاجرة من الحنطة والدارهم معا ولا شك في جوازه اه.

قوله: (بلا تعيين) أي من غير أن يشترط أنه من المحمول أو من المطحون فيجب في ذمة المستأجر.

زيلعي.

قوله: (نصف هذا الطعام) قيد بالنصف، لانه لو استأجره ليمل الكل بنصفه لا يكون شريكا فيجب أجر المثل وهي مسألة المتن.

النهرلا أجر له أصلا أي لا المسمى ولا أجر المثل.

عناية.

قوله: (لصيرورته شريكا) قال الزيلعي: لان الاجير ملك النصف في الحال بالتعجيل فصار الطعام مشتركا بينهما فلا يستحق الاجر، لانه لا يعمل شيئا لشريكه إلا ويقع بعضه لنفسه هكذا قالوا.

وفي **إشكالان**: أحدهما: أن الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا، سواء كان عينا أو دينا على ما بيناه من قبل، فكيف ملكه هنا من غير تسليم ومن شرط التعجيل.

والثاني أنه قال ملكه في الحال، وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك، لانه لا يملكه إذا ملكه إلا بطريق اورة، فإذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه؟ اه.

قوله: (أجاب عنه المصنف)، قلت: وأجاب في الحواشي السعدية بقوله: لعل مرادهم: أي بقولهم لا يستحق الاجر نفي الملك، لان

وجوده يؤدي إلى عدمه وما هو كذلك يبطل، فقولهم: ملك الاجر في الحال كلام على سبيل الفرض والتقدير، والظاهر أن وضع المسألة فيما إذا سلم إلى الاجير كل الطعام فيكون تقدير الكلام: لو وجب الاجر في الصورة المفروضة لملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل، والثاني باطظل إذ يكون حينئذ مشتركا فيفضي إلى عدم وجوب الاجرة، وكل ما أفضى وجوده إلى انتفاء لزومه فهو باطل اه.

وحاصل **جواب** المصنف عن الاول: أن الاجرة هنا معجلة كما صرح به الزيلعي في صدر تقريره، وهي تملك بالتعجيل كما تملك باشتراطه.

وعن الثاني: أنه لما ملكه بالتعجيل وعمل تبين بعد العمل عدم استحقاقه لشئ من الاجرة، كما لو عجلها عند العقد فاستحقها مستحق تبين كونه ليس بمالك لها اه.

وفيه نظر فإن هذا العقد لا يخلو إما أن يكون باطلا أو فاسدا أو صحيحا، أما الباطل فلا أجر فيه أصلا كما مر أول

---

(١) حاشية رد المحتار، ٦/٣٣٩

الباب فكيف يملك بالتعجيل؟ وأما الفاسد فلا يجب الاجر فيه إلا بحقيقة الانتفاع كما مر مرارا فلا يملك بالتعجيل أيضا قبل العمل، وبعد العمل يجب أجر المثل، وفرض المسألة هنا أنه لا أجر أصلا.

وأما الصحيح فيملك الاجر بالتعجيل مع الافراز وهنا حصل في ضمن التسليم، إذ لو أفرزه وسلمه إلى الاجير ثم خلطه وحمل الكل معا جاز كما قدمناه آنفا عن جواهر الفتاوى، إلا أن يقال: انعقد صحيحا ثم طرأ عليه الفساد عند العمل قبل الافراز، وحينئذ." (١)

"محض مأذون فيه كقبول الهدية.

وفائدته تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة بالاداء إليه.

درر.

قال الطوري: وهذه مكررة مع قوله: زولا يسترد مستأجر الخ لانه أفاد صحة القبض ومنع الاخذ، فتأمل.

قوله: (لانه العاقد) أي لان المولى.

كذا تفيده عبارة العناية، فلبس عله لقوله: وجاز للعبد قبضها لو آجر نفسه وإن كان صالحا لها، وانظر ما لو آجره الغاصب هل يملك العبد القبض؟ ومفاد التعليل أنه لا يجوز قبضه ط.

قوله: (أخذها) لانه وجد عين ماله.

ابن كمال.

قوله: (كمسروق بعد القطع) فإنه لم يبق متقوما، حتى لا يضمن بالاتلاف ويبقى الملك فيه حتى يأخذه المالك.

زيلعي.

قوله: (صح على الترتيب) لانه إن لم ينصرف الشهر المذكور أولا إلى ما يلي العقد لكان الداخل في العقد شهرا منكرا من شهور عمره، وهذا فاسد، فلا بد من صرفه إلى ما يلي العقد تحريا لجوازه، وكذلك الاقدام على الاجارة دليل تنجز الحاجة إلى تملك منفعة العبد فوجب صرف الشهر المذكور أولا إلى ما يليه قضاء للحاجة الناجزة.

كفاية.

مبحث: اختلاف المؤجر والمستأجر قوله: (في إباق العبد أو مرضه) كأن قال المستأجر في آخر الشهر أبق أو مرض في المدة وأنكر المولى ذلك أو أنكر إسناده إلى أول المدة فقال: أصابه قبل أن يأتيني بساعة.

زيلعي.

قوله: (فيكون القول قول من يشهد له الحال) لان وجوده في الحال يدل على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر مرجحا وإن لم يصلح حجة، لكن إن كان يشهد للمؤجر ففيه **إشكال** من حيث إنه يستحق الاجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق، **وجوابه** أنه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد، وإنما الظاهر
يشهد على بقائه إلى ذلك الوقت.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٦/٣٤٢

زيلعي.

ملخصا.

قوله: (فالقول قول من في يد الثمر) هذا إنما يظهر إذا كان الثمر باقيا، فأما إذا كان هالكا أو مستهلكا فلم يتكلم عليه، والظاهر أنه ينظر ليد من هلك عنده أو استهلك، ويحرر ط.

قوله: (فالقول للمستأجر) لانكاره ضمان الزائد.

قوله: (ولو في نفسه) أي نفس الانقطاع، وهو من تتمة ما في الخلاصة ويغني عنه ما في المتن.

قوله: (والقول قول رب الثوب الخ) بأن قال أمرتك أن تعمله قباء.

وقال الخياط: قميصا أو أن تصبغه أحمر وقال الصباغ أصفر أو أن تعمله لي بغير أجر وقال: بل بأجر فالقول لرب الثوب، لان الاذن يستفاد من جهته فكان أعلم بكيفيته، ولانه ينكر تقوم عمله ووجوب الاجر عليه.

زيلعي ملخصا.

قوله: (بيمينه) فإذا حلف في الصورة الاولى: إن شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول ولا أجر له، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله." (١)

"ط.

قوله: (كمال استهلكه) فإن مالكه يزاحم الغرماء، وكذا لو تزوج امرأة بمهر مثلها.

ابن ملك والمراد باستهلاكه المال أنه ثبت بغير إقراره مما مر، فلو به، ففي التاترخانية أنه يسأل عن إقراره بعد ما صار مصلحا أن ما أقر به كان حقا أو لا؟ فإن قال: نعم يؤاخذ به، وإلا فلا، ويجب أن يكون **الجواب** في الصبي المحجور كذلك اه.

قوله: (أفلس الخ) أي صار إلى حال ليس له فلوس وبعضهم قال: صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم.

مصباح.

والمراد حكم الحاكم بتفليسه.

واعلم أنه إنما يستوي مع الغرماء إذا كان الثمن حالا فلو مؤجلا لم يشاركهم ولكن يشاركهم بعد الحلو فيما قبضوه بالحصص كذا في المقدسي سائحاني.

قوله: (كان له استرداده) أي فيما لو أفلس بعد قبضه بغير إذن.

وقوله: وحبسه بالثمن فيما لو أفلس قبله، ففيه لف ونشر على عكس الترتيب.

تأمل.

قوله: (كذا في الخانية الخ) استدراك على المتن تبعا للشرنبلالية، حيث نقل ما في الخانية ثم قال: فقد شرط مع الاطلاق إجازة صنعه اه.

أقول: الذي يظهر أن الاجازة شرط لجواز صنعه لا لجواز الاطلاق، والمذكور في المتن جواز الاطلاق فلا استدراك بل هو

---

(١) حاشية رد المحتار، ٣٦٠/٦

إفادة حكم آخر.

تأمل.

قوله: (لان حجر الاول مجتهد فيه) علله في الهداية أولا بأن الحجر منه فتوى وليس بقضاء، لانه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه، ثم قال: ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء.

قال الزيلعي: يعني حتى يلزم، لان الاختلاف إذا وقع في نفس القضاء لا يلزم، ولا يصير مجمعا عليه، وإنما يصير مجمعا عليه أن لو كان الاختلاف موجودا قبل القضاء فيتأكد أحد القولين بالقضاء، فلا ينقص بعد ذلك، وأما إذا كان الاختلاف في نفس القضاء، فبالقضاء يحصل الاختلاف، فلا بد من قضاء آخر ليصير مجمعا عليه لقضائه بعد وجود الاختلاف، هذا معناه، ولكن فيه **إشكال** هنا لان الاختلاف فيه موجود قبل القضاء، فإن محمدا يرى حجره بنفس السفه، ولا تنفذ تصرفاته أصلا فيصير القضاء به على هذا التقدير قضاء بقول محمد فيتأكد قوله بالقضاء، بخلاف القضاء على الغائب فإن الاختلاف فيه في نفس القضاء هل يجوز أم لا؟ فعندنا لا ينفذ، وعند الشافعي يجوز فيحصل الاختلاف بالقضاء فلا يرتفع حتى يحكم بجواز هذا القضاء اه.

قوله: (ما لم يعلم) أي بالحجر.

قال في البزازية: فلو أخبره عدل وصدقه انحجر،

وإن لم يصدقه فكذلك، ثم قال: ولا فرق بين الاذن والحجر في أنه يصير مأذونا إذا ترجح الصدق في خبره عند العبد أو صدقه.

ذكره الفقيه أبو بكر البلخي، وعليه الفتوى والاعتماد خلافا لمن يفرق بينهما اه.

ثم إن هذا مبني على قول أبي يوسف لما مر أن السفيه ينحجر عند محمد بلا قضاء.

قوله:." (١)

"ورثة الآخر كما مر، ونظيره في المزارعة كما في الهداية أيضا.

واستشكل الزيلعي الرجوع على العامل أو ورثته في حصته من الثمر فقط، وكان ينبغي الرجوع بجميع النفقة، لان العامل إنما يستحق بالعمل وكان العلم كله عليه، ولهذا إذا اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه، فلو كان الرجوع بحصته فقط يؤدي إلى أن العمل يجب عليهما حتى تستحق المؤنة بحصته فقط، وهذا خلف لانه يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة، وكذا هذا **الاشكال** وارد في المزارعة أيضا اه.

وأجاب في السعدية بأن المعنى أن الرجوع في حصة العامل بجميع النفقة لا بحصته كما فهمه هذا الفاضل اه.

وهذا **الجواب** موافق لما قدمناه في المزارعة على التاترخانية، من أنه يرجع بجميع النفقة مقدارا بالحصة، ولقول الهداية هناك: يرجع بما ينفقه في حصته، ولم يقل بنفسه ولا بحصته، ومعنى كونه مقدرا بالحصة أنه يرجع بما أنفق في حصة العامل إن كان قدرها أو دونها لا بالزائد عليها كما نقل عن المقدسي.

---

(١) حاشية رد المحتار، ٦/٤٤٦

قال الحموي: نعم يرد هذا: أي إشكال الزيلعي على ما في الكافية والغاية والمبسوط من أنه يرجع بنصف ما أنفقه.
هذا، واعلم أن الرجوع بجميع النفقة هو الموافق لما قرره في المزارعة، وتقدم متنا من أنه لو
مات رب الارض والزرع بقل فالعمل على العمال لبقاء العقد، ولو انقضت المدة فعليهما بالحصص، وعن هذا صرح في الذخيرة بأن ورثة رب الارض إذا أنفقوا بأمر القاضي رجعوا بجميع النفقة مقدارا بالحصة، وفي انتهاء المدة يرجع رب الارض على الزارع بالنصف مقدارا بالحصة.
والفرق بقاء العقد في الاول، وكون العمل على العامل فقط، بخلاف الثاني.
وتمامه مر في المزارعة.
وهذا كله وإن كان في المزارعة، لكن المساقاة مثلها كما قدمناه آنفا عن الهداية ويأتي، ولم يفرقوا هنا بينهما إلا من وجه واحد يأتي قريبا.
ثم اعلم أن ظاهر التقييد بأمر القاضي أنه لا رجوع بدونه، فتنبه.
قوله: (وإن ماتا إلخ) قال في الهداية: فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا.
قوله: (بل انقضت مدتها) أي والثمر نئ، فهذا الاول سواء.
هداية.
قوله: (إن شاء عمل) أي كالمزارعة، لكن هنا لا يجب على العامل أجر حصته إلى أن يدرك لان الشجر لا يجوز استئجاره، بخلاف المزارعة حيث يجب عليه أجر مثل الارض، وكذا العمل كله على العامل وفي المزارعة عليهما، زيلعي.
وإن أبى عن العمل خير الآخر بين خيارات ثلاثة كما بينا.
إتقاني.
فرع: قال العامل على الكرم أياما ثم ترك فلما أدرك الثمر جاء يطلب الحصة: إن ترك في وقت صار للثمرة قيمة له الطلب، وإن قبله فلا.
برازية.
قوله: (وتفسخ بالعذر) وهل يحتاج إلى قضاء القاضي؟ فيه روايتان ذكرناهما في المزارعة.
إتقاني.
وهل سفر العامل عذر؟ فيه روايتان.
قال في البزازية: والصحيح أنه يوفق بينهما، فهو عذر إذا شرط عليه عمل نفسه، وغير عذر إذا أطلق، وكذا التفصيل في مرض العامل اه.
قوله: (وسعفه) بالتحريك جمع سعفة: غصن النخل صحاح، ونقله ابن الكمال عن المغرب، وكتب في الهامش أن ما في زكاة العناية من أنه ورق الجريد الذي يتخذ منه المرواح ليس بذاك اه.

لكن ذكر القهستاني أنه عليهما يطلق.

قوله: (منه) أي من العامل متعلق بقوله." [1]

"قوله : بسم الله الرحمن الرحيم) أبتدئ بها عملا بالأحاديث الواردة في ذلك **والإشكال** في تعارض روايات الابتداء بالبسملة والحمدلة مشهور وكذا التوفيق بينها بحمل الابتداء على العرفي أو الإضافي وكذا ما أورد من الأذان ونحوه مما لم يبدأ بهما فيه .

والجواب عنه بأن المراد في الروايات كلها الابتداء بإحداهما أو بما يقوم مقامه ، أو يحمل المقيد على المطلق ، وهو رواية " بذكر الله " عند من جوز ذلك ، ثم الباء لفظ خاص حقيقة في الإلصاق مجاز في غيره من المعاني لا مشترك بينها لترجح المجاز على الاشتراك موضوع بالوضع العام للموضوع له الخاص عند العضد وغيره : أي لكل واحد من المشخصات الجزئية الملحوظة بأمر كلي ، وهو مطلق الإلصاق بحيث لا يفهم منه إلا واحد بخصوصه .

والإلصاق تعليق شيء بشيء وإيصاله به ، فيصدق بالاستعانة والسببية لإلصاقك الكتابة بالقلم وبسببه كما في التحرير .

ولما كان مدلول الحرف معنى حاصلا في غيره لا يتعقل ذهنا ولا خارجا إلا بمتعلقه اشترط له المتعلق المعنوي وهو الإلصاق ؛ والنحوي وهو هنا ما جعلت التسمية مبدأ له ، فيفيد تلبس الفاعل بالفعل حال الإلصاق ، والمراد الإلصاق على سبيل التبرك والاستعانة .

والأولى تقدير المتعلق مؤخرا ليفيد قصد الاهتمام باسمه تعالى ، ردا على المشرك المبتدئ باسم آلهته اهتماما بها لا للاختصاص ، لأن المشرك لا ينفي التبرك باسمه تعالى ، وليفيد اختصاص ذلك باسمه تعالى ردا على المشرك أيضا." [2]

"(قوله : كعين) لأن في غسلها من الحرج ما لا يخفى ؛ لأنها شحم لا تقبل الماء ، وقد كف بصر من تكلف له من الصحابة كابن عمر وابن عباس بحر .

ومفاده عدم وجوب غسلها على الأعمى خلافا للحانوتي حيث بناه على أن العلة أنه يورث العمى ، ولهذا نقل أبو السعود عن العلامة سري الدين أن العلة الصحيحة كونه يضر وإن لم يورث العمى ، فيسقط حتى عن الأعمى ا هـ .

(قوله : وإن اكتحل إلخ) الظاهر أنها شرطية ، **وجوابها** محذوف تقديره لا يجب غسلها فهو استئناف لبيان مسألة أخرى ؛ لأن الغسل المذكور قبل غسل نجاسة حكمية وهذا غسل نجاسة حقيقية فلا يصح جعل إن وصلية تأمل .

(قوله : وثقب انضم) قال في شرح المنية : وإن انضم الثقب بعد نزع القرط وصار بحال إن مر عليه الماء يدخله وإن غفل لا فلا بد من إمراره ولا يتكلف لغير الإمرار من إدخال عود ونحوه فإن الحرج مدفوع .

ا هـ .

(قوله : وداخل قلفة) القلفة والغلفة بالقاف وبالغين : الجلدة التي يقطعها الخاتن يجوز فيها فتح القاف وضمها ، وزاد الأصمعي : فتح القاف واللام حلية .

---

(١) حاشية رد المحتار، ٦٠١/٦

(٢) رد المحتار، ٢/١

(قوله : فسقط الإشكال) أي إشكال الزيلعي ، حيث قال لا يجب ؛ لأنه خلقة كقصبة الذكر وهذا مشكل ؛ لأنه إذا وصل البول إلى القلفة ينتقض الوضوء فجعلوه كالخارج في هذا الحكم وفي حق الغسل كالداخل ا هـ .

ووجه السقوط أن علة عدم وجوب غسلها الحرج : أي أن الأصل وجوب الغسل إلا أنه سقط للحرج وإنما يرد الإشكال على التعليل بكونها خلقة ، ولهذا قال في." [1]

"يكون رجلا ففرجه كالجرح فلا يجب بالإيلاج فيه الغسل بمجرده : قلت : ويشكل عليه معاملة الخنثى بالأضر في أحواله ، وعليه يلزمه الغسل فليتأمل ا هـ إمداد .

أقول : سيذكر الشارح هذا الإشكال آخر الكتاب في كتاب الخنثى وسنوضح الجواب هناك إن شاء الله تعالى وذكرناه هنا فيما علقناه على البحر .

(قوله : ولا على من جامعه) أي في قبله ، فلو جامعه رجل في دبره وجب الغسل عليهما كما أفاده ط أي لعدم الإشكال في الدبر ، وكذا لا إشكال فيما لو جامع وجومع لتحقق جنابته بأحد الفعلين .

(قوله : لأن الكلام) علة لقوله ولا يرد .

(قوله : وسبيلين) أي وأحد سبيلين ، فهو على تقدير مضاف دل عليه كلام المتن السابق ؛ ولهذا قال محققين أي الحشفة وأحد السبيلين فافهم ، والأحسن إبدال السبيلين بالقبل كما في البحر ؛ لأن السبيل يشمل الدبر ، وهو من الخنثى محقق." [2]

"(قوله : لا عند مذي) أي لا يفرض الغسل عند خروج مذي كظبي بمعجمة ساكنة وياء مخففة على الأفصح ، وفيه الكسر مع التخفيف والتشديد ، وقيل هما لحن ماء رقيق أبيض يخرج عند الشهوة لا بها ، وهو في النساء أغلب ، قيل هو منهن يسمى القذى بمفتوحتين نهر .

(قوله : أو ودي) بمهملة ساكنة وياء مخففة عند الجمهور ، وحكى الجوهري كسر الدال مع تشديد الياء .

قال ابن مكي : ليس بصواب .

وقال أبو عبيد إنه الصواب وإعجام الدال شاذ : ماء ثخين أبيض كدر يخرج عقب البول نهر .

(قوله : بل الوضوء منه إلخ) أي بل يجب الوضوء منه أي من الودي ومن البول جميعا ، وهذا جواب عما يقال إن الوجوب بالبول السابق على الودي فكيف يجب به .

وبيان الجواب أن وجوبه بالبول لا ينافي الوجوب بالودي بعده ، حتى لو حلف لا يتوضأ من رعاف فرعف ثم بال أو بالعكس فتوضأ فالوضوء منهما فيحنث ، وكذا لو حلفت لا تغتسل من جنابة فجومعت وحاضت فاغتسلت فهو منهما ، وهذا ظاهر الرواية بحر .

وذكر أربعة أجوبة أخر : منها أن الودي ما يخرج بعد الاغتسال من الجماع وبعد البول ، وهو شيء لزج كذا فسره في الخزانة

---

(١) رد المحتار، ١/٤٣٠

(٢) رد المحتار، ١/٤٦٢

والتبيين فالإشكال إنما يرى على من اقتصر في تفسيره على ما يخرج بعد البول .

(قوله : على الظاهر) أي إن قلنا إن وجوب الوضوء منه ومن البول بناء على ظاهر الرواية من مسألتي اليمين السابقين وذكر المحقق في الفتح أن الوضوء من الحدث السابق وأن السبب الثاني لم يوجب شيئا لاستحالة تحصيل الحاصل إلا إذا." (١)

"بما مر عن البدائع .

وقال في الحلية : لا شك أنها مما تحلها الحياة ولا تعرى عن اللحم ، فلذا أخذ الفقيه أبو الليث بالنجاسة وأقره جماعة من المتأخرين .

ا هـ .

وفي شرح المقدسي قلت : والجواب عن الإشكال أن إعادة الأذن وثباتها إنما يكون غالبا بعود الحياة إليها فلا يصدق أنها مما أبين من الحي ؛ لأنها بعود الحياة إليها صارت كأنها لم تبن ، ولو فرضنا شخصا مات ثم أعيدت حياته معجزة أو كرامة لعاد طاهرا .

ا هـ .

أقول : إن عادت الحياة إليها فهو مسلم ، لكن يبقى الإشكال لو صلى وهي في كمه مثلا .

والأحسن ما أشار إليه الشارح من الجواب بقوله وفي الأشباه إلخ وبه صرح في السراج فما في الخانية من جواز صلاته ولو الأذن في كمه لطهارتها في حقه ؛ لأنها أذنه فلا ينافي ما في البدائع بعد تقييده بما في الأشباه (قوله المنفصل من الحي) أي مما تحله الحياة كما مر ، والمراد الحي حقيقة وحكما احترازا عن الحي بعد الذبح كما سيأتي بيانه آخر كتاب الذبائح ، إن شاء الله تعالى .

وفي الحلية عن سنن أبي داود والترمذي وابن ماجه وغيرها وحسنه الترمذي ﴿ ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميت ﴾

ا هـ .

(قوله ويفسد الماء) أي القليل (قوله من جلده) أي أو لحمه مختارات النوازل .

زاد في البحر عن الخلاصة وغيرها : أو قشره وإن كان قليلا مثل ما يتناثر من شقوق الرجل ونحوه لا يفسد الماء (قوله لا بالظفر) أي ؛ لأنه عصب بحر .

وظاهر أنه لو كان فيه دسومة فحكمها كالجلد واللحم تأمل (."(٢)

"(قوله : لم يطعم) بفتح الياء أي : لم يأكل فلا بد من غسله ، واكتفى الإمام الشافعي بالنضح في بول الصبي ط ، والجواب عما استدل به في المطولات .

(قوله : إلا بول الخفاش) بوزن رمان : وهو الوطواط ؛ سمي به لصغر عينه وضعف بصره قاموس .

---

(١) رد المحتار، ١/٤٧٢

(٢) رد المحتار، ٢/١٠٦

وفي البدائع وغيره : بول الخفافيش وخرؤها ليس بنجس لتعذر صيانة الثوب والأواني عنها ؛ لأنها تبول من الهواء وهي فأرة طيارة فلهذا تبول .

ا هـ .

ومقتضاه أن سقوط النجاسة للضرورة ، وهو متجه على القول بأنه لا يؤكل ، كما عزاه في الذخيرة إلى بعض المواضع معللا بأن له نابا ومشى عليه في الخانية ، لكن نظر فيه في غاية البيان بأن ذا الناب إنما ينهى عنه إذا كان يصطاد بنابه أي : وهذا ليس كذلك .

وفي المبتغى : قيل : يؤكل .

وقيل : لا .

ونقل العبادي من الشافعية عن محمد أنه حلال ، وعليه فلا **إشكال** في طهارة بوله وخرئه ، وتمامه في الحلية .

أقول : وعليه يتمشى قول الشارح فطاهر وإلا كان الأولى أن يقول فمعفو عنه فافهم .

مبحث في بول الفأرة وبعرها وبول الهرة (قوله : وكذا بول الفأرة إلخ) اعلم أنه ذكر في الخانية أن بول الهرة والفأرة وخرأها نجس في أظهر الروايات يفسد الماء والثوب .

ولو طحن بعر الفأرة مع الحنطة ولم يظهر أثره يعفى عنه للضرورة .

وفي الخلاصة : إذا بالت الهرة في الإناء أو على الثوب تنجس ، وكذا بول الفأرة ، وقال الفقيه أبو جعفر : ينجس الإناء دون الثوب .

ا هـ .

قال في الفتح : وهو حسن لعادة تخمير الأواني ،." (١)

"أجاب بعض المحققين عن **الإشكال بجواب** حسن ذكرته فيما علقته على البحر ، وهو أن المراد بالركوع والسجود في الآية عندهما معناهما اللغوي ، وهو معلوم لا يحتاج إلى البيان .

فلو قلنا بافتراض التعديل لزم الزيادة على النص بخبر الواحد .

وعند أبي يوسف معناهما الشرعي وهو غير معلوم فيحتاج إلى البيان .." (٢)

"على قصد التلاوة (قوله احتياطا) علة للمسألتين ، وذلك أن مذهب الجمهور أنها من القرآن لتواترها في محلها ، وخالف في ذلك مالك فكان الاحتياط حرمتها على الجنب نظرا إلى مذهب الجمهور ، وعدم جواز الاقتصار عليها في الصلاة نظرا إلى شبهة الخلاف لأن فرض القراءة ثابت بيقين فلا يسقط بما فيه شبهة (قوله ولم يكفر جاحدها إلخ) **جواب** عما قيل من **الإشكال** في التسمية إنها إن كانت متواترة لزم تكفير منكرها وإلا فليست قرآنا .

والجواب كما في التحرير أن القطعي إنما يكفر منكره إذا لم تثبت فيه شبهة قوية كإنكار ركن ، وهنا قد وجدت وذلك لأن

---

(١) رد المحتار، ٢/٤٧٦

(٢) رد المحتار، ٣/٤٠٧

من أنكرها كمالك ادعى عدم تواتر كونها قرآنا في الأوائل وأن كتابتها فيها لشهرة استنان الافتتاح بها في الشرع .
والمثبت يقول : إجماعهم على كتابتها مع أمرهم بتجريد المصاحف يوجب كونها قرآنا ، والاستنان لا يسوغ الإجماع لتحققه في الاستعاذة .
والحق أنها من القرآن لتواترها في المصحف ، وهو دليل كونها قرآنا ، ولا نسلم توقف ثبوت القرآنية على تواتر الأخبار بكونها قرآنا ، بل الشرط فيما هو قرآن تواترها في محله فقط وإن لم يتواتر كونه في محله من القرآن ا هـ وقوله ولا نسلم إلخ رد لما تضمنه كلام المنكر من أن تواترها في محلها لا يستلزم كونها قرآنا ، بل لا بد من تواتر الأخبار بقرآنيتها .
والحاصل أن تواترها في محلها أثبت أصل قرآنيتها ، وأما كونها قرآنا متواترا فهو متوقف على تواتر الأخبار به ولذلك لم يكفر منكرها ،." (١)

"قدر مقام الرجل ، وقد جعلوا الفرجة كالحائل فيمن عن جانبها أو خلفها ، فتعين أن يحمل على ما إذا كان خلفها من غير فرجة محاذيا لها بحيث لا يكون بينه وبينها قدر مقام رجل ، ولهذا قال في السراج : ولو قامت وسط الصف تفسد صلاة واحد عن يمينها وواحد عن يسارها وواحد خلفها بحذائها دون الباقين ، فقد شرط أن يكون من خلفها محاذيا لها للاحتراز عن وجود الفرجة ، وكذا صرح به الزيلعي والحاكم الشهيد ا هـ ملخصا ، وقدمنا نحوه قريبا عن النهر .
وأفاد في النهر أيضا أن اشتراط المحاذاة للفساد ليس خاصا بتقدم المرأة الواحدة بل الصف من النساء كذلك ، أي فحيث لم يحاذهن صفوف الرجال فلا فساد .
والحاصل أن المراد من إفساد صلاة من خلفها أن يكون محاذيا لها من خلفها : أي بأن يكون مسامتا لها غير منحرف عنها يمنة أو يسرة قدر مقام الرجل لا مطلق كونه خلفها ، ومراد البحر من تعيين الحمل على المحاذاة ما ذكرنا ، وليس مراده بالمحاذاة ما فهمه المحشي من قيام الرجل خلفها ، بأن يكون وجهه إلى ظهرها قريبا منها بحيث لا يكون بينه وبينها قدر مقام الرجل لأن مرادهم أنها تفسد صلاة رجل من الصف الذي خلفها ، ولا بد من وجود فرجة بين الصفين أكثر من قدر مقام الرجل ، وهذا منشأ **الإشكال** ؛ وقد استشهد صاحب البحر على **جوابه** بعبارة السراج وغيرها مما فيه التصريح بالصفوف ، فعلم أن مراده اشتراط محاذاتها لمن خلفها في الصف المتأخر ، فيتعين حملها على ما ذكرناه ، وإلا لزم أن لا يفسد." (٢)

"وخرقة) والأولى أن تكون من الثديين إلى الفخذين نهر عن الخانية (قوله وكفاية) أي الاقتصار على الثوبين له كفن الكفاية لأنه أدنى ما يلبس حال حياته وكفنه كسوته بعد الوفاة فيعتبر بكسوته في الحياة ولهذا تجوز صلاته فيهما بلا كراهة معراج .
وحاصله أن كفن الكفاية هو أدنى ما يكفيه بلا كراهة فهو دون كفن السنة وهل هو سنة أيضا أو واجب ؟ الذي يظهر لي الثاني ولذاكره الأقل منه كما يذكره الشارح وقال في البحر : قالوا : ويكره أن يكفن في ثوب واحد حالة الاختيار لأن في

---

(١) رد المحتار، ٣٤/٤

(٢) رد المحتار، ٢٨١/٤

حالة حياته تجوز صلاته في ثوب واحد مع الكراهة وقالوا : إذا كان بالمال قلة ، والورثة كثرة فكفن الكفاية أولى وعلى القلب كفن السنة أولى ومقتضاه أنه لو كان عليه ثلاثة أثواب وليس له غيرها وعليه دين أن يباع منها واحد للدين لأن الثالث ليس بواجب حتى ترك للورثة عند كثرتهم والدين أولى مع أنهم صرحوا كما في الخلاصة بأنه لا يباع شيء منها بالدين كما في حالة الحياة إذا أفلس وله ثلاثة أثواب هو لابسها لا ينزع عنه شيء ليباع ا هـ ما في البحر وهو مأخوذ من الفتح وقال في الفتح ولا يبعد الجواب ا هـ وذكر الجواب بعضهم بأن يفرق بين الميت والحي بأن عدم الأخذ من الحي لاحتياجه ولا كذلك الميت .

ا هـ .

أقول : أنت خبير بأن الإشكال جاء من تصريحهم بعدم الفرق بين الحي والميت فأنى يصح هذا الجواب ؟ نعم يصح على ما قاله السيد في شرح السراجية من أنه إذا كان الدين مستغرقا فللغرماء المنع." [1]

"من تكفينه بما زاد على كفن الكفاية .

وقال الشارح في فرائض الدر المنتقى وهل للغرماء المنع من كفن المثل قولان والصحيح نعم ا هـ ومثله في سكب الأنهر لكن قال أيضا : ألا ترى أنه لو كان للمديون ثياب حسنة في حال حياته ويمكنه الاكتفاء بما دونها يبيعها القاضي ، ويقضي الدين ويشتري بالباقي ثوبا يلبسه فكذا في الميت المديون كذا اختاره الخصاف في أدب القاضي .

ا هـ .

ثم رأيت مثله في حاشية الرملي عن شرح السراجية المسمى ضوء السراج للكلاباذي : وحينئذ فلا إشكال ، ولا جواب وبه علم أن ما مر عن الخلاصة خلاف الصحيح وقد يوفق بحمل ما في الخلاصة في الحي على ما إذا لم يكتف بما دون الثلاثة ، وفي الميت على ما إذا لم يمنعهم الغرماء قال في شرح قلائد المنظوم صحح العلامة حيدر في شرحه على السراجية المسمى بالمشكاة بأن للورثة تكفينه بكفن المثل ما لم يمنعهم الغرماء .

ا هـ .

قلت : والظاهر أن المراد بعدم المنع الرضا بذلك ، وإلا فكيف يسوغ للورثة تقديم المسنون على الدين الواجب ثم إن هذا مؤيد لما بحثناه من أن كفن الكفاية واجب بمعنى أنه لا يجوز أقل منه عند الاختيار ثم رأيت في شرح المقدسي قال : وهذا أقل ما يجوز عند الاختيار ، والله – تعالى – أعلم (قوله : في الأصح) وقيل قميص ولفافة زيلعي قال في البحر : وينبغي عدم التخصيص بالإزار واللفافة لأن كفن الكفاية معتبر بأدنى ما يلبسه الرجل في حياته من غير كراهة كما علل به في البدائع ا هـ (قوله : ولها ثوبان) لم." [2]

"التبعات فوق ما لك من المال فكفارتك كفارة يمين من لا يملك شيئا .

قال في الفتح : وعلى هذا لو أوصى بثلث ماله للفقراء فدفع إلى السلطان الجائر سقط ، ذكره قاضي خان في الجامع

---

(١) رد المحتار، ٦/٢٦٠

(٢) رد المحتار، ٦/٢٦١

الصغير .

وعلى هذا فإنكارهم على يحيى بن يحيى تلميذ مالك حيث أفتى بعض ملوك المغاربة في كفارة عليه بالصوم غير لازم ، لجواز أن يكون للاعتبار المذكور لا لكون الصوم أشق عليه من الإعتاق ، وكون ما أخذه خلطه بماله بحيث لا يمكن تمييزه فيملكه عند الإمام غير مضر لاشتغال ذمته بمثله ، والمديون بقدر ما في يده فقير ا هـ ملخصا .

قلت : وإفتاء ابن سلمة مبني على ما صححه في التقرير من أن الدين لا يمنع التكفير بالمال ، أما على ما صححه في الكشف الكبير وجرى عليه الشارح فيما مر تبعا للبحر والنهر فلا (قوله : لم تقع زكاة) في بعض النسخ لم تصح زكاة ، وعزا هذا في البحر إلى المحيط .

ثم قال : وفي مختصر الكرخي إذا أخذها الإمام كرها فوضعها موضعها أجزأ ؛ لأن له ولاية أخذ الصدقات فقام أخذه مقام دفع المالك .

وفي القنية : فيه **إشكال** ؛ لأن النية فيه شرط ولم توجد منه .

ا هـ .

قلت : قول الكرخي فقام أخذه إلخ يصلح **للجواب** تأمل .

ثم قال في البحر : والمفتى به التفصيل إن كان في الأموال الظاهرة يسقط الفرض ؛ لأن للسلطان أو نائبه ولاية أخذها ، وإن لم يضعها موضعها لا يبطل أخذه وإن كان في الباطنة فلا .

ا هـ .

(قوله : وفي التجنيس) في بعض النسخ لكن بدل الواو وهو استدراك على ما في المبسوط وقد أسمعناك." (١)

"(قوله بفتح القاف وتكسر) أي مع سكون العين وحكي الفتح مع كسر العين (قوله وتفتح) عزاه الشيخ إسماعيل إلى تحرير الإمام النووي ، وقال خلافا لما في شرح الشمني من أنه لم يسمع إلا بالكسر (قوله وعند الشافعي ليس منها يوم النحر) هو رواية عن أبي يوسف أيضا كما في النهر وغيره وظاهر المتن يوافقه لأنه ذكر العدد فكان المراد عشر ليال لكن إذا حذف التمييز جاز التذكير فيكون المعنى عشرة أيام أفاده ح عن القهستاني وقيل إن العشر اسم لهذه الأيام العشرة فليس المراد به اسم العدد ، حتى يعتبر فيه التذكير مع المؤنث والعكس تأمل (قوله ذو الحجة كله) مبتدأ محذوف الخبر تقديره منها ح (قوله عملا بالآية) أي قوله تعالى - ﴿ الحج أشهر معلومات ﴾ - (قوله قلنا اسم الجمع إلخ) الإضافة بيانية أي اسم هو جمع وإلا فأشهر صيغة جمع حقيقة ، وهذا أحد **جوابين** للزمخشري .

حاصله : أنه يجوز في إطلاق صيغة الجمع على ما فوق الواحد لعلاقة معنى الاجتماع والتعدد وثانيهما أن التجوز في جعل بعض الشهر شهرا فالأشهر على الحقيقة واعترض الأول بأن فيه إخراج العشر عن الإرادة لخروجه عن الشهرين ، وأجيب بأنه داخل فيما فوق الواحد ، وهذا كله على تقدير الحج ذو أشهر ، أما على تقدير الحج في أشهر ، فلا حاجة إلى التجوز

---

(١) رد المحتار، ٥٢/٧

لأن الظرفية لا تقتضي الاستيعاب لكن بين المراد الحديث الوارد في تفسير الآية بأنها شوال وذو القعدة وعشر ذي الحجة (قوله وفائدة التأقيت إلخ) جواب عن إشكال." [(١)]

"تقريره أن التوقيت بها إن اعتبر للفوات أي إن أفعال الحج لو أخرت عن هذا الوقت يفوت الحج لفوته بتأخير الوقوف عن طلوع فجر العاشر يلزم أن لا يصح طواف الركن بعده وإن خصص الفوات بفوت معظم أركانه ، وهو الوقوف ، يلزم أن لا يكون العاشر منها كما هو رواية عن أبي يوسف وإن اعتبر التوقيت المذكور لأداء الأركان في الجملة يلزم أن يكون ثاني النحر وثالثه منها : لجواز الطواف فيهما ، وأجاب الشارح تبعا للبحر وغيره بما يفيد اختيار الأخير وذلك بأن فائدته أن شيئا من أفعال الحج لا يجوز إلا فيها حتى لو صام المتمتع أو القارن ثلاثة أيام قبل أشهر الحج لا يجوز .

وكذا السعي عقب طواف القدوم لا يقع عن سعي الحج إلا فيها ، حتى لو فعله في رمضان لم يجز ، ولو اشتبه عليهم يوم عرفة فوقفوا فإذا هو يوم النحر جاز لوقوعه في زمانه ، ولو ظهر أن الحادي عشر لم يجز كما في اللباب وغيره قال القهستاني : ولا ينافيه إجزاء الإحرام قبلها ولا إجزاء الرمي والحلق وطواف الزيارة وغيرها بعدها لأن ذلك محرم فيه .

ا هـ .

قلت : فيه نظر لأن طواف الزيارة يجوز في يومين بعد عشر ذي الحجة كما علمته وإن كان في أوله أفضل فالمناسب الجواب عن الإشكال بأن فائدة التوقيت ابتداء عدم جواز الأفعال قبله وانتهاء الفوات بفوت معظم أركانه وهو الوقوف ، ولا يلزم خروج اليوم العاشر لما علمته من جوازه فيه عند الاشتباه بخلاف الحادي عشر هذا ما ظهر لي فافهم (قوله وأنه يكره الإحرام إلخ) عطف." [(٢)]

"كما قدمه الشارح هناك وقدمنا الكلام عليه .

ثم إن هذه الحيلة مشكلة لما علمت من أنه لا يجوز له مجاوزة الميقات بلا إحرام ما لم يكن أراد دخول مكان في الحل لحاجة ، وإلا فكل آفاقي يريد دخول مكة لا بد أن يريد دخول الحل وقدمنا أن التقييد بالحاجة احتراز عما لو كان عند المجاوزة يريد دخول مكة وإنه إنما يجوز له دخولها بلا إحرام إذا بدا له بعد ذلك دخولها كما قدمناه عن شرح ابن الشلبي ومنلا مسكين .

فعلم أن الشرط لسقوط الإحرام أن يقصد دخول الحل فقط ، ويدل عليه أيضا ما نقلناه عن الكافي من قوله وهو لا يريد دخولها أي مكة ، وإنما يريد البستان ، وكذا ما نقلناه عن البدائع من قوله فأما إذا لم يرد ذلك وإنما أراد أن يأتي بستان بني عامر ، وكذا قوله في اللباب : ومن جاوز وقته يقصد مكانا من الحل ثم بدا له أن يدخل مكة فله أن يدخلها بغير إحرام فقوله ثم بدا له أي ظهر وحدث له يقتضي أنه لو أراد دخول مكة عند المجاوزة يلزمه الإحرام وإن أراد دخول البستان لأن دخول مكة لم يبد له بل هو مقصوده الأصلي ، وقد أشار في البحر إلى هذا الإشكال وأشار إلى جوابه بما تقدم عنه من أنه لا بد أن يكون قصد البستان من حين خروجه من بيته : أي بأن يكون سفره المقصود لأجل البستان لا لأجل دخوله

(١) رد المحتار، ١٥٩/٨

(٢) رد المحتار، ١٦٠/٨

مكة كما قدمناه .

وأجاب أيضا في شرح اللباب بقوله والوجه في الجملة أن يقصد البستان قصدا أوليا ، ولا يضره دخول الحرم بعده قصدا ضمنيا أو عارضيا ، كما إذا قصد." (١)

"على أن نيته لهما تلغو لعدم الأمر فهو متبرع فتقع الأعمال عنه ألبتة ، وإنما يجعل لهما الثواب وترتبه بعد الأداء فتلغو نيته قبله ، فيصح جعله بعد ذلك لأحدهما أو لهما .

ولا إشكال في ذلك إذا كان متنفلا عنهما ، فإن كان على أحدهما حج الفرض وأوصى به لا يسقط عنه بتبرع الوارث عنه بمال نفسه ، وإن لم يوص به فتبرع الوارث عنه بالإحجاج أو الحج بنفسه ، قال أبو حنيفة يجزيه إن شاء الله تعالى ﴿ لقوله صلى الله عليه وسلم للخثعمية أرأيت لو كان على أبيك دين ﴾ " الحديث انتهى .

وبهذا ظهر فائدة أخرى للتقييد بالأبوين في هذه المسألة وهي سقوط الفرض عن الذي عينه له بعد الإبهام لو بدون وصية ، لكن يشكل عليه أنه إذا لغت نيته لهما لعدم الأمر ووقعت الأعمال عنه ألبتة كيف يصح تحويلها إلى أحدهما ؟ وقد مر أن الحج إذا وقع عن المأمور لا يمكن تحويله بعد ذلك إلى الآمر ، نعم يمكن تحويل الثواب فقط للنص كما مر ، وهذا والله أعلم .

قال في الفتح ولا إشكال في ذلك إذا كان متنفلا عنهما : أي لأن غاية حال المتنفل أن يجعل ثواب عمله لغيره ، وهو صحيح .

أما وقوع عمله عن فرض الغير بغير أمره فهو مشكل والجواب ما مر في كلام الشارح من أن الوارث إذا حج أو أحج عن مورثه جاز لوجود الأمر دلالة : أي فكأنه مأمور من جهته بذلك ، وعليه فتقع الأعمال عن الميت لا عن العامل ، فقوله في الفتح ومبناه على أن نيته لهما تلغو إلخ مخصوص بما إذا لم يكن عليهما." (٢)

"بين هذا وبين قوله للمبانة أبنتك بتطليقة ، وهو أنه إذا ألغينا بائنا يبقى قوله طالق وبه يقع ، ولو ألغينا أبنتك يبقى قوله بتطليقة وهو غير مفيد .

ا هـ .

قلت : لكن يشكل عليه ما قدمناه في باب طلاق غير المدخول بها من أن الطلاق متى قيد بعدد أو وصف أو مصدر فالوقوع بالقيد ، حتى لو قال : أنت طالق وماتت قبل قوله ثلاثا أو بائن لم يقع ، فهذا ينافي ما أطبقوا عليه من إلغاء الوصف هنا ، إلا أن يجاب بأن اعتبار الوقوع به هنا لا يصح لسبق البينونة قبله ولوقوع البائن بالصريح هنا وإن لم يوصف ، فتعين إلغاء الوصف كما علمت آنفا .

وبقي إشكال آخر مذكور مع جوابه في البحر (قوله أو قال نويت) أي بالبائن الثاني البينونة الكبرى أي الحرمة الغليظة وهي التي لا حل بعدها إلا بنكاح زوج آخر ، وهذا هو المعتمد كما في البحر ، وقيل لا يقع لأن التغليظ صفة البينونة فإذا

---

(١) رد المحتار، ٢٢/٩

(٢) رد المحتار، ١٠٤/٩

ألغت النية في أصل البينونة لكونها حاصلة لغت في إثبات وصف التغليظ محيط ، وهذا صريح في إلغاء نية البينونة ؛ ومثله ما قدمناه آنفا عن الحاوي فلا تصح نية بينونة أخرى خلافا لما بحثه في البحر كما مر .

قال في الدرر : أقول وهذا يدل قطعا على أنه إذا أبانها ثم قال في العدة أنت طالق ثلاثا يقع الثلاث ، لأن الحرمة الغليظة إذا ثبتت بمجرد النية بلا ذكر الثلاث لعدم ثبوتها في المحل فلأن تثبت إذا صرح بالثلاث أولى ، وتمامه فيه ونحوه في اليعقوبية (قوله لتعذر إلخ) علة لقوله بخلاف إلخ (قوله ولذا) أي." [١]

"متفرقة عندهما .

وعند محمد تطلق ما بقي فقط ، فتفريق الثلاث مبني على قولهما لا على قول محمد فافهم ، نعم يشكل على هذا التعليل المار بأن التعليق إنما ينصرف إلى الملك القائم وهو الثلاث ، فإنه يقتضي أنها لو طلقت نفسها ثنتين ثم عادت إليه بعد زوج آخر ليس لها أن تطلق نفسها أصلا عندهما لأنها عادت إليه بملك حادث ، وطلقات الملك الأول هدمها الزوج الثاني .

ولا **إشكال** على قول محمد من أنها تطلق واحدة فقط لأنها الباقية لكون الزوج الثاني لم يهدم ما دون الثلاث عنده ثم رأيت المحقق في الفتح أفاد **الجواب** عن ذلك في باب التعليق بما حاصله أن قولهم إن المعلق طلقات هذا الملك الثلاث مقيد بما دام مالكا لها فإذا زال ملكه لبعضها صار المعلق ثلاثا مطلقة (قوله لأنهما للمكان) فحيث ظرف مكان مبني على الضم وأين ظرف مكان يكون استفهاما ، فإذا قيل أين زيد لزم **الجواب** بتعيين مكانه ويكون شرطا أيضا وتزاد فيه " ما " فيقال أينما تقم أقم بحر عن المصباح (قوله ولا تعلق للطلاق به) ولذا لو قال أنت طالق بمكة أو في مكة كان تنجيزا للطلاق كما مر فتكون طالقا في كل مكان في الحال بخلاف الزمان فإن الطلاق يتعلق به (قوله فجعلا مجازا عن إن إلخ) **جواب** عن إيرادين .

أحدهما أنه إذا ألغى ذكر المكان صار أنت طالق شئت ، وبه يقع للحال كأنت طالق دخلت الدار .

ثانيهما أنه إذا كان مجازا عن الشرط فلم حمل على إن دون متى مما لا يبطل بالقيام عن المجلس .

والجواب عن." [٢]

"العدة ، بخلاف الطلاق لوجود العدة ، أفاده في المعراج ، لكن روي عن محمد : لو زنى بامرأة ثم تزوجها في تلك الحالة ، فإن لبث على ذلك ولم ينزع وجب مهران : مهر بالوطء أي لسقوط الحد بالعقد ، ومهر بالعقد وإن لم يستأنف الإدخال لأن دوامه على ذلك فوق الخلوة بعد العقد .

قال في النهر : وهذا يشكل على ما مر ، إذ قد جعل لآخر هذا الفعل الواحد حكما على حدة ا هـ وأجاب ح تبعا للحموي بأن هذا مروي عن محمد وذاك قوله فلا تنافي .

واعترضه ط بما في البحر عقب هذه المسألة من أن تخصيص الرواية بمحمد لا يدل على خلاف بل لأنها رويت عنه دون غيره ا هـ فتأمل .

---

(١) رد المحتار، ١١/٢٠٥

(٢) رد المحتار، ١١/٢٨٧

قلت : والجواب الحاسم للإشكال من أصله أن اعتبار آخر الفعل هنا من جهة كونه لخلوة مقررة للمهر بل فوقها لا من جهة كونه وطئا ، ولا يمكن اعتبار ذلك في إيجاب الحد وثبوت الرجعة لأن الخلوة لا توجب ذلك فافهم." [١]

"(قوله في أيمان الفتح) خبر عن ما وليس نعتا لفروع لأن الفرع الأول فقط في أيمان الفتح ح (قوله وقع الثلاث) يعني بدخول واحد كما تدل عليه عبارة أيمان الفتح ، حيث قال : ولو قال لامرأته والله لا أقربك ثم قال والله لا أقربك فقربها مرة لزمه كفارتان .

ا هـ .

والظاهر أنه إن نوى التأكيد يدين ح .

قلت : وتصوير المسألة بما إذا ذكر لكل شرط جزاء ، فلو اقتصر على جزء واحد .

ففي البزازية إن دخلت هذه الدار إن دخلت هذه الدار فعبدي حر وهما واحد فالقياس عدم الحنث حتى تدخل دخلتين فيها ، والاستحسان يحنث بدخول واحد ويجعل الباقي تكرارا وإعادة ا هـ ثم ذكر إشكالا وجوابه وذكر عبارته بتمامها في البحر عند قوله والملك يشترط لآخر الشرطين ، وقوله وهما واحد : أي الداران في الموضعين واحد ، بخلاف ما لو أشار إلى دارين فلا بد من دخولين كما هو ظاهر (قوله لم تطلق) هذا مبني على قول ضعيف كما حققناه عند قوله وزوال الملك لا يبطل اليمين فافهم (قوله بخلاف ما لو قدم الجزاء) هكذا في بعض النسخ وفي بعضها بخلاف ما لو لم يؤخر الجزاء وكلاهما صحيح ، وأما ما في بعض النسخ ، بخلاف ما لو أخر الجزاء فقال ح : صوابه قدم الجزاء ، ومع ذلك فقد ترك ما إذا وسطه .

قال في النهر وفي المحيط : لو قال إن تزوجتك وإن تزوجتك فأنت طالق لم يقع حتى يتزوجها مرتين ؛ بخلاف ما إذا قدم الجزاء أو وسطه ا هـ كلام النهر ، وفصله في الفتاوى الهندية فقال : وإن كرر بحرف العطف فقال إن تزوجتك." [٢]

"المفروضة مع الأمر بالاستدانة فكيف بدونه ؟ والظاهر أن ما ذكره ابن كمال سبق قلم (قوله بموت أو طلاق) هذا عندهما .

وقال محمد : يرفع عنها حصة ما مضى ، ويجب رد الباقي إن كان قائما ، وقيمته إن كان مستهلكا ذخيرة .

قال في الفتح والموت والطلاق قبل الدخول سواء .

وفي نفقة المطلقة إذا مات الزوج اختلفوا فيه ، قيل ترد وقيل لا تسترد بالاتفاق ، ؛ لأن العدة قائمة في موته ، كذا في الأقضية .

ا هـ قال الخير الرملي : واستفيد منه ومما في الذخيرة جواب حادثة الفتوى : طلقها بائنا وعجل لها نفقة تسعة أشهر فأسقطت سقطا بعد عشرة أيام فانقضت بذلك عدتها هل يرجع عليها بما زاد على حصة العشرة أم لا ؟ الجواب لا يرجع عندهما لا عند محمد ، وهو القياس (قوله عجلها الزوج أو أبوه) لما في الولوالجية وغيرها أبو الزوج إذا دفع نفقة امرأة ابنه

---

(١) رد المحتار، ٣٦٢/١١

(٢) رد المحتار، ٤٠١/١١

مائة ثم طلقها الزوج ليس للأب أن يسترد ما دفع ؛ لأنه لو أعطاها الزوج والمسألة بحالها لم يكن له ذلك عند أبي يوسف وعليه الفتوى فكذا إذا أعطاها أبوه .

ا هـ ووجهه أنها صلة لزوجته ، ولا رجوع فيما يهبه لزوجته ، والعبرة لوقت الهبة لا لوقت الرجوع ، فالزوجية من الموانع من الرجوع كالموت ، ودفع الأب كدفع الابن ، فلا إشكال بحر .

قلت : وظاهره أن دفع الأجنبي ليس كذلك ، ولعل وجهه أن الأب يدفع بطريق النيابة عن ابنه عادة فكان هبة من الابن فلا رجوع ، بخلاف دفع الأجنبي فتأمل .." (١)

"الأم يقتضي تقدمها على أبيها ، ويلزم منه تقدمها على العم ؛ لأن أباها متقدم عليه فكيف تكون عليهما كإرثهما أفاده ط .

وحاصله أن هذه المسائل الثلاثة متناقضة .

وأقول : لا تناقض فيها أصلا ، لما علمت من أن الإرث إنما لا يعتبر في نفقة الأصول الواجبة على الفروع ، أما في غيرها من نفقة الفروع وذوي الرحم فله اعتبار فيها على التفصيل الذي قررناه في الضابط ، وحينئذ فما ذكر في المسألة الأولى من تقديم الأم على أبيها لكونها أقرب في الجزئية مع عدم المشاركة في الإرث ، وبذلك أجاب الخير الرملي أيضا في دفع الإشكال .

وما في المسألة الثانية من تقديم أبي الأم على العم لاختصاصه بالجزئية مع عدم المشاركة في الإرث أيضا .

وما ذكر في المسألة الثالثة من كونها على قدر الإرث لوجود المشاركة في الإرث ، لما قلنا من اعتبار الميراث في غير نفقة الأصول ؛ فحيث وجدت المشاركة في الإرث اعتبر قدر الميراث ، فقد ظهر أن جهة التقديم في إيجاب النفقة أو المشاركة فيها مختلفة في المسائل الثلاث فلا تناقض فيها أصلا فافهم ، والله أعلم .

(قوله قال إلخ) أي صاحب البحر ، وقد نقله أيضا عن القنية حيث قال فيها ويتفرع من هذه الجملة فرع أشكل الجواب فيه .

وهو ما إذا كان له أم وعم وأبو أم موسرون ، فيحتمل أن تجب على الأم لا غير ؛ لأن أبا الأم لما كان أولى من العم والأم أولى من أبيها كانت الأم أولى من العم ، لكن يترك جواب الكتاب .

ويحتمل أن تكون على الأم والعم أثلاثا .

ا هـ." (٢)

"ولم يقل لنفقته ، لما مر من أنه ينفق على الأم أيضا من الثمن ، و ينبغي أن تكون الزوجة وأولاده الصغار كذلك .

ا هـ .

والمتبادر منها أن المراد زوجة الغائب وأولاده ؛ لأن المراد من الأم أمه أيضا (قوله بقدر حاجته) قال في النهر : وفي قوله

---

(١) رد المحتار، ١٤٧/١٣

(٢) رد المحتار، ٢٣٤/١٣

للنفقة إيماء إلى أنه لا يجوز له بيع زيادة على قدر حاجته فيها ، كذا في شرح الطحاوي .

ا هـ .

وعزاه في البحر إلى غاية البيان .

قلت : وهذا مخالف لبحث النهر ، إلا أن يحمل على ما إذا لم يكن غيره ، ويؤيده أنه ينفق على أم الغائب أيضا كما علمته

.

(قوله ولا في دين له) أي للأب على الابن الغائب (قوله لمخالفة إلخ) أشار إلى ما مر من إشكال الزيلعي وجوابه (قوله لا ديانة) فلو مات الغائب حل له أن يحلف لورثته أنهم ليس لهم عليه حق ؛ لأنه لم يرد بذلك غير الإصلاح بحر عن الفتح (قوله كمديونه) أي فإنه إذا أنفق على من ذكر مما عليه يضمن ، بمعنى أنه لا يبرأ قضاء ويبرأ ديانة رحمتي (قوله وزوجته وأطفاله) أشار إلى أن ذكر الأبوين غير قيد كما نبه عليه في البحر .

وفي النهر : إنما خص الأبوين ليعم الزوجة والأولاد بالأولى (قوله إن كان) أي إن وجد ثم قاض شرعي ، وهو من لم يأخذ القضاء بالرشوة ، ولم يطلب رشوة على الإذن ، وإلا فهو كالعدم رحمتي .

(قوله استحسانا) ؛ لأنه لم يرد به إلا الإصلاح ذخيرة .

وفيها : وكذا قالوا في مسافرين أغمي على أحدهما أو مات فأنفق الآخر عليه من ماله ، وفي عبد مأذون مات مولاه فأنفق." (١)

"المولى أو كذبه ، فإن ملكه المدعي عتق ولا تصير أمه أم ولد ا هـ أي لأن عتقه للجزئية لا لثبوت النسب ، ولذا قال عتق ولم يقل ثبت نسبه ، وبهذا سقط ما أورد على تعليل الشارح أنه لما ادعى الولد فقد أقر له بالنسب ولأمه بأمومية الولد ، فإذا ملك الأم زال المانع وهو كونها ملك الغير فينبغي أن تصير أم ولد وإن لم يثبت نسب الولد .

ا هـ .

لأنه إذا لم يثبت النسب لا تصير أم ولد فافهم .

فإن قلت : قد تصير أم ولد مع عدم ثبوت النسب فيما لو زوج أمته من عبده ثم ولدت فادعاه .

قلت : إنما صارت أم ولد للمولى لإقراره بأن الولد علق منه قبل التزويج بوطء حلال ، لكن لم يثبت منه لوجود الفراش الصحيح فقد تعلق به حق الغير وهو الزوج ، ولولاه لثبت من المولى فلم يثبت منه هنا لعارض والزنا لا يثبت منه الولد على كل حال ، هذا ما ظهر لي (قوله لكنه نقل) أي المصنف ، وقوله ثبت النسب أي فتصير أم ولده ضرورة ثبوت النسب مع زوال المانع وهو ملك الغير ، فينافي قوله لا تصير أم ولده لعدم ثبوت نسبه .

والجواب أن ما نقله المصنف عن الدرر والخانية ليس في هذه المسألة وهي قوله ظننت حلها لي بل في مسألة دعوى الإحلال

.

ونقل ح عبارتهما بتمامها ، وقد علمت الفرق بين المسألتين ، وأن ظن الحل شبهة في سقوط الحد لا في ثبوت النسب ،

---

(١) رد المحتار، ٢٥٠/١٣

بخلاف دعوى الإحلال فإنها شبهة فيهما ، فالاستدراك في غير محله فافهم (قوله نعم في الخانية إلخ) يعني أن هذا **الإشكال** فيه لأن." (١)

"يتحقق بنفي أحد أجزائه ، بخلاف قوله إن لم تحضري فراشي ولم تراعيني فإنه لما كرر حرف النفي كان نفيا لكل واحد منها ، ونفي كل واحد منهما لا يصدق مع ثبوت أحدهما فإنه لا يصدق قولنا لم يقدم زيد ولم يقدم عمرو مع قدوم أحدهما ، ويصدق إن لم يقدم زيد وعمرو مع أحدهما ، لكن ذكر في المحيط ما يدل على صحة هذا **الجواب** ، فإنه قال إذا قال إن لم تكلمي فلانا ولم تكلمي فلانا اليوم فأنت طالق فكلمت أحدهما ومضى اليوم طلقت ، فقد صح هذا **الجواب** من حيث الرواية ، لكن ما قلته من **الإشكال** قوي .

ا هـ .

قلت : **والجواب** أنه إذا كرر حرف النفي يكون نفي كل واحد بانفراده مقصودا ؛ ففي : إن لم تحضري فراشي ولم تراعيني يتحقق شرط الحنث بنفي كل واحد بانفراده لأنه يصير كأنه حلف على كل واحد بعينه ، لأنه إذا كرر النفي تتكرر اليمين ، حتى لو قال لا أكلمك اليوم ولا غدا ولا بعد غد فهي أيمان ثلاثة ، وإن لم يكرر النفي فهي يمين واحدة ، حتى لو كلمه ليلا يحنث بمنزلة قوله ثلاثة أيام كما سيأتي عن الواقعات في بحث الكلام .

وأما عدم الصدق في لم يقدم زيد ولم يقدم عمرو مع قدوم زيد مثلا فلأنه إخبار عن قدوم كل منهما بانفراده حيث جعله مقصودا بالنفي ، فإذا علق ذلك بالشرط يتحقق شرط الحنث وهو أنه لم يقدم زيد ، هذا ما ظهر لي فتدبره (قوله وله أخ واحد) أي وهو عالم به كما قيد بذلك قبيل باب اليمين بالطلاق والعتاق ، فحينئذ يحنث إذا كلمه لأنه ذكر الجمع وأراد." (٢)

"(قوله ثوبا ملفوفا) قيد به ليمكنها الرد عليه بخيار الرؤية ليعود مهرها كما في الفتح (قوله وتقبضه) هذا ليس بقيد فإنه بمجرد الشراء ثبت لها في ذمته الثمن فانتفيا قصاصا ولذا لم يذكره الزيلعي وتمامه في ح (قوله لعجزها عن الهبة إلخ) يشكل عليه قولهم إن الدين إذا قبض لا يسقط عن ذمة المديون حتى لو أبرأه الدائن يرجع عليه بما قبضه منه وقصارى أمر الشراء به أن يكون كقبضه .

ا هـ .

ح عن شرح المقدسي .

قلت : وأصل **الإشكال** لصاحب البحر ذكره في باب التعليق عند قوله وزوال الملك لا يبطل اليمين وأجاب ط بأن مبنى الأيمان على العرف والعرف يقضي بأنها إذا اشترت بمهرها شيئا تصير لا شيء لها وفيه أن المقصود العجز وعدم التصور شرعا لا عرفا وإلا انتقض الأصل المار في كثير من المسائل فافهم : وأجاب السائحاني بأنها لما جعلت المهر ثمنا والكل وصف في الذمة تغير من المهرية إلى الثمنية ، فلم يكن هناك مهر حتى يوهب ، وأما الدين فبدله لم يدفع على صريح

---

(١) رد المحتار، ٤٨٤/١٣

(٢) رد المحتار، ٨١/١٤

المعاوضة ، فلم يقع التقاضي به من كل وجه ولم يدفع حالة كونه وصفا في الذمة ، حتى ينتقل إليه لقربه منه .

ا هـ .

مطلب في قولهم الديون تقضى بأمثالها قلت : **والجواب** الواضح أن يقال قد قالوا إن الديون تقضى بأمثالها أي إذا دفع الدين إلى دائنه ثبت للمديون بذمة دائنه مثل ما للدائن بذمة المديون فيلتقيان قصاصا لعدم الفائدة في المطالبة ، ولذا لو أبرأه الدائن براءة إسقاط يرجع عليه المديون كما مر ، وكذا." (١)

"بأن ما هنا أصح لأنه نص محمد في الجامع الصغير لكنه بعد أسطر أجاب مستندا للذخيرة بأن المراد بالفاسد ما لم يوصف بوصف الصحة في وقت بأن يكون ابتداء الشروع غير صحيح وقال وبه يرتفع **الإشكال** ، وتبعه في البحر والنهر وهذا عين ما فهمته من **الإشكال** ، **والجواب** والحمد لله على إلهام الصواب (قوله لأنه مطلق إلخ) علة للمسألتين : أي فلا يراد باليوم بعضه ، وكذا في صوم لأن المراد بها المعتبر شرعا فافهم .

قال في الفتح : أما في " يوما " فظاهر وكذا في " صوما " لأنه مطلق فينصرف إلى الكامل وهو المعتبر شرعا ولذا قلنا لو قال لله علي صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالإجماع ، وكذا إذا قال علي صلاة تجب ركعتان عندنا لا يقال المصدر مذكور بذكر الفعل ، فلا فرق بين حلفه لا يصوم ، ولا يصوم صوما فينبغي أن لا يحنث في الأول إلا بيوم لأنا نقول الثابت في ضمن الفعل ضروري لا يظهر أثره في غير تحقق الفعل بخلاف الصريح ، فإنه اختياري يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال .

ا هـ .

(قوله لأن اليمين إلخ) **جواب** عما أورد من أن اليمين هنا صحت مع أنه مقرون بذكر اليوم ولا كمال ورد في الفتح إلا يراد بأن كلامنا كان في المطلق وهو لفظ " يوما " ولفظ هذا اليوم مقيد معرف ، وإنما تشكل هذه المسألة والتي بعدها على قول أبي حنيفة ومحمد لأن التصور شرعا منتف ، وكونه ممكنا في صورة أخرى وهي صورة النسيان والاستحاضة لا يفيد حيث كان في صورة الحلف مستحيلا شرعا لأنه لم." (٢)

"ا هـ .

بحر .

وفي المجتبى ولو اشترى عشر شياه من مائة شاة أو عشر بطيخات من وقر ، فالبيع باطل ، وكذا الرمان ، ولو عزلها البائع وقبلها المشتري جاز استحسانا والعزل والقبول بمنزلة إيجاب وقبول .

ا هـ .

ومثله في التتارخانية وغيرها قال : الخير الرملي : وفيه نوع **إشكال** وهو أنه تقدم أن التعاطي بعد عقد فاسد لا ينعقد به البيع .

---

(١) رد المحتار، ٢٧٣/١٤

(٢) رد المحتار، ٤٠٥/١٤

ا هـ .

وانظر ما قدمناه من الجواب عند الكلام على بيع التعاطي .." (١)

"(قوله : أجاز من له الخيار) أي أجاز بالقول أو بالفعل كالإعتاق والوطء ونحوهما كما يأتي .

وفي جامع الفصولين : إذا قال : أجزت شراءه أو شئت أخذه أو رضيت أخذه بطل خياره ؛ ولو قال : هويت أخذه أو أحببت أو أردت أو أعجبني أو وافقني لا يبطل لو اختار الرد أو القبول بقلبه فهو باطل لتعلق الأحكام بالظاهر لا بالباطن .

(قوله : ولو مع جهل صاحبه) أي العاقد معه ، أما لو كان للمشتريين ففسخ أحدهما بغيبة الآخر لم يجز كما في جامع الفصولين .

(قوله : لهما) أي لكل من المتعاقدين .

(قوله : فليس للآخر الإجازة) أي إلا إذا قبل الأول إجازته ، يدل عليه ما في جامع الفصولين : باعه بخيار ففسخه في المدة انفسخ ، فإن قال : بعده أجزت وقبل المشتري جاز استحسانا ، ولو كان الخيار للمشتري فأجاز ثم فسخ وقبل البائع جاز وينفسخ ا هـ .

فيكون الأول بيعا آخر كما سيذكره الشارح والثاني إقالة .

(قوله : لأن المفسوخ لا تلحقه الإجازة) فيه إشكال سيذكره الشارح مع جوابه .

(قوله : لا يصح إلا إذا علم الآخر) هذا عندهما .

وقال : أبو يوسف : يصح ، وهو قول الأئمة الثلاثة .

قال : الكرخي وخيار الرؤية على هذا الخلاف في العيب لا يصح فسخه بدون علمه إجماعا .

ولو أجاز البيع بعد فسخه قبل أن يعلم المشتري جاز وبطل فسخه ذكره الإسبيجابي ، يعني عندهما .

وفيه يظهر أثر الخلاف فيما إذا باعه بشرط أنه إذا غاب فسخ فسد البيع عندهما خلافا لأبي يوسف ، ورجح قوله في الفتح نهر .

(قوله : فلو لم." (٢)

"(قوله وكره تحريما مع الصحة) أشار إلى وجه تأخير المكروه عن الفاسد مع اشتراكهما في حكم المنع الشرعي والإثم ، وذلك أنه دونه من حيث صحته وعدم فساده ؛ لأن النهي باعتبار معنى مجاور للبيع لا في صلبه ولا في شرائط صحته ، ومثل هذا النهي لا يوجب الفساد بل الكراهية كما في الدرر .

وفيها أيضا أنه لا يجب فسخه ويملك المبيع قبل القبض ويجب الثمن لا القيمة .

ا هـ لكن في النهر عن النهاية أن فسخه واجب على كل منهما أيضا صونا لهما عن المحظور ، وعليه مشى الشارح في آخر

---

(١) رد المحتار، ٣٢٦/١٨

(٢) رد المحتار، ٤٧١/١٨

الباب ، ويأتي تمامه (قوله عند الأذان الأول) وهو الذي يجب السعي عنده (قوله إلا إذا تبايعا يمشيان إلخ) قال الزيلعي : هذا مشكل ، فإن الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا ، فمن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ ، فلا يجوز بالرأي شرنبلالية .

والجواب ما أشار إليه الشارح من أن النص معلل بالإخلال بالسعي ومخصص ، لكن ما مشى عليه الشارح هنا مشى على خلافه في الجمعة تبعا للبحر والزيلعي (قوله وقد خص منه إلخ) **جواب** ثان : أي والعام إذا دخله التخصيص صار ظنيا فيجوز تخصيصه ثانيا بالرأي : أي بالاجتهاد ، وبه اندفع قول الزيلعي فلا يجوز أي بالرأي ، قلت : وفيه نظر ، فإن **إشكال** الزيلعي من حيث إن قوله تعالى ﴿ وذروا البيع ﴾ مطلق عن التقييد بحالة دون حالة ، فإن مفاد الآية الأمر بترك البيع عند النداء ، وهو شامل لحالة المشي ، والذي خص منه من لا تجب عليه الجمعة هو الواو في – ﴿ فاسعوا ﴾ – ولا." (١)

"(قوله قال شيخنا في بحره) من كلام المصنف في المنح (قوله وأطال الكلام إلخ) حاصله أن ما ذكره في الكنز لم ينفرد به بل قاله جماعة غيره ، ويدل على بطلانه أن المذكور في كافي الحاكم وغيره أن تعليق الرجعة بالشرط باطل ولم يذكروا أنها تبطل بالشرط الفاسد ، وكيف تبطل به مع أن أصلها وهو النكاح لا يبطل به ؟ وصرح في البدائع بأنها تصح مع الإكراه والهزل واللعب والخطأ كالنكاح .

وفي كتب الأصول من بحث الهزل أن ما يصح مع الهزل لا تبطله الشروط الفاسدة ، وما لا يصح معه تبطله ا هـ .

قلت : وقد مر أيضا في الأصل الأول أن ما ليس مبادلة مال بمال لا يفسد بالشرط الفاسد ، ولا يخفى أن الرجعة كذلك .

والجواب عما قاله في البحر أنه مبني على أن قولهم ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به قاعدة واحدة والفروع المذكورة بعدها مفرعة عليها وذلك غير صحيح بل هما قاعدتان كما قررناه ، والرجعة مفرعة على الثانية منهما فقط فلا بطلان في كلامهم بعد فهم مرامهم ، فافهم (قوله لكن تعقبه في النهر) حيث قال : وحيث ذكر الثقات بطلانها بالشرط الفاسد لم يبق الشأن إلا في السبب الداعي للتفرقة بينها وبين النكاح ، ثم ذكر الفرق المذكور في الشرح .

واعترضه ح بأنه لا يلزم من مخالفتها النكاح في أحكام أن تخالفه في هذا الحكم ا هـ .

قلت : وأيضا فقوله وتبطل بالشرط هو محل النزاع ، فالصواب ذكره بالفاء لا بالواو على أنك قد سمعت **الجواب** الحاسم لمادة **الإشكال** .

[تنبيه]." (٢)

"بالتسليم ، وذلك مناف لثبوت الضمان أي ضمان النفس ، فلا يصح الاستدلال بتلك العبارة على كون الغيبة المذكورة مسقطة للمطالبة بالمال في مسألتنا ، وإنما تسقط المطالبة بالنفس فقط .

وأما المطالبة بالمال فهي حكم الكفالة الأخرى المعلقة على عدم الموافاة مع القدرة ، فإذا وجد ما علقت عليه ثبتت وإلا

---

(١) رد المحتار، ١٩/٣٧٩

(٢) رد المحتار، ٢٠/٣٦٧

فلا ، ومع الغيبة المذكورة لم توجد القدرة فلا تثبت المطالبة بالمال كما لا يخفى .
مطلب حادثة الفتوى فإذا علمت ذلك ظهر لك **جواب** حادثة الفتوى قريبا من كتابتي لهذا المحل ، وهي : رجلان عليهما ديون فكفلهما زيد كفالة مال وكفلهما عند زيد أربعة رجال على أنهم إن لم يوافوه بالمطلوبين عند حلول الأجل فالمال المذكور عليهم ، ثم حل الأجل وأدى زيد إلى أصحاب الديون وطالب الأربعة بالمطلوبين فأحضروا له أحدهما وعجزوا عن إحضار الآخر لكونه سافر إلى بلاد الحرب ولا يدرى مكانه .
فأجبت : بأنه لا يلزمهم المال للعجز عن الموافاة بالغيبة المذكورة فعارضني الحاكم الشرعي بعبارة البزازية المارة فأجبته بما حررته ، والله سبحانه أعلم .
(قوله : كما أفاده بقوله إلخ) أي أفاد بعضه ؛ لأنه لم يذكر الجنون ، لكن يفهم حكمه من الموت ؛ لأن المستحق عليه تسليم يكون ذريعة إلى الخصام ولا يتحقق ذلك مع الجنون كالموت .
(قوله : أو مات المطلوب) يعني بعد الغد كذا في الفتح ، وبهذا يزول **إشكال** المسألة ، وهو أن شرط الضمان عدم الموافاة مع القدرة ، ولا شك أنه لا قدرة على." (١)
"(قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان ففعل) أي باعه على هذا الوجه (فهو للآمر) فلو وجد به عيبا ، إن علم به العبد فلا رد ؛ لأن علم الوكيل كعلم الموكل ، وإن لم يعلم فالرد للعبد اختيار (وإن لم يقل لفلان : عتق) ؛ لأنه أتى بتصرف آخر فنفذ عليه وعليه الثمن فيهما لزوال حجره بعقد باشره مقترنا بإذن المولى درر .
[فرع] الوكيل إذا خالف ، إن خلافا إلى خير في الجنس كبع بألف درهم فباعه بألف ومائة نفذ ، ولو بمائة دينار لا ، ولو خيرا خلاصة ودرر .
s(قوله لزوال حجره) **جواب** عما يقال العبد المحجور إذا توكل لا ترجع الحقوق إليه ، وعزا في الهامش **الإشكال** إلى الدرر
(قوله الوكيل إذا خالف) قال في الهامش : وكله أن يبيع عبده بألف وقيمته كذلك ثم زادت قيمته إلى ألفين لا يملك بيعه بألف بزازية ا هـ .." (٢)
"ثم أجاب عنه .
وبحث في **الجواب** الرملي .
ثم أجاب عن **الإشكال** بما حاصله : أن اللزوم غير الصحة ولا مانع من توقف العمل مع صحته كبيع الفضولي فالمتوقف لزومه لا صحته فالإقرار للغائب لا يلزمه حتى صح إقراره لغيره كما لا يلزم من جانب المقر له حتى صح رده وأما الإقرار للحاضر فيلزم من جانب المقر حتى لا يصح إقراره لغيره به قبل رده ، ولا يلزم من جانب المقر له فيصح رده وأما الصحة فلا شبهة فيها في الجانبين بدون القبول (قوله عزمي زاده) وحاصله : أن ما ذكره صاحب الدرر من الجبر إنما هو فيما إذا جهل المقر به لا المقر له لقول الكافي لأنه إقرار للمجهول وهو لا يفيد وفائدة الجبر على البيان إنما تكون لصاحب الحق ،

---

(١) رد المحتار، ٣٩/٢١
(٢) رد المحتار، ٣٤٠/٢٢

وهو مجهول (قوله : كشيء وحق) ولو قال : أردت حق الإسلام لا يصح إن قاله مفصولا ، وإن موصولا يصح تتارخانية وكفاية." (١)

"الدين ممن ليس عليه (قوله : فتأمله) يمكن **الجواب** بأن المراد الدين الذي لي على فلان بحسب الظاهر هو لفلان في نفس الأمر ، فلا **إشكال** ، فتدبر ح .

أقول : ويمكن أن يكون مبنيا على الخلاف فإنه قال في القنية – راقما لعلي السعدي – : إقرار الأب لولده الصغير بعين من ماله تمليك ، إن أضافه إلى نفسه في الإقرار ، وإن أطلق فإقرار كما في سدس داري وسدس هذه الدار ، ثم رقم لنجم الأئمة البخاري : إقرار في الحالتين لا تمليك ا هـ .

قال في إقرار المنح فيفيد أن في المسألة خلافا ، ولكن الأصل المذكور هو المشهور وعليه فروع في الخانية وغيرها ، وقد يجاب بأن الإضافة في قوله : الدين الذي لي إضافة نسبة لا ملك كما أجاب به الشارح في الإقرار عن قولهم : جميع ما في بيتي لفلان فإنه إقرار وكذا قالوا : من ألفاظ الإقرار جميع ما يعرف بي أو جميع ما ينسب إلي والله تعالى أعلم .

وقد مرت المسألة قبيل إقرار المريض وأجبنا عنه بأحسن مما هنا فراجعه .." (٢)

"(قوله لذلك) أي للإرضاع .

(قوله ولم يعلم الأولون) أي حتى يفسخوا هذه الإجارة تتارخانية ، ومفاده أن لهم فسخ الثانية .

(قوله أثمت) ؛ لأنه استحق عليها كمال الرضاع ، فلما أرضعت صبيين فقد أضرت بأحدهما لنقصان اللبن .

(قوله ولها الأجر كاملا على الفريقين) ويطيب لها ، ولا ينقص من الأجر الأول إن أرضعت ولدهم في المدة المشروطة ويطرح من الأجر بقدر ما تخلفت تتارخانية .

(قوله لشبهها بالأجير الخاص والمشترك) **جواب** **إشكال** ، وهو أن أجير الواحد ليس له أن يؤجر نفسه من آخر ، فإن آجر لا يستحق تمام الأجر على المستأجر الأول ويأثم .

قال في الذخيرة : وهذا لا يشكل إذا قال أبو الصغير : استأجرتك لترضعي ولدي هذا سنة بكذا ؛ لأنها في هذه الصورة أجيرة مشتركة ؛ لأنه أوقع العقد أولا على العمل وإنما يشكل إذا قال : استأجرتك سنة لترضعي إلخ ؛ لأنه أوقع العقد على المدة أولا وسيأتي بيانه والوجه أن الأجير الواحد في الرضاع يشبه المشترك من حيث إنه يمكنه إيفاء العمل بتمامه إلى كل واحد منهما كالخياط ، وإن كان أجير واحد فتأثم لشبهها بأجير الواحد ولها الأجر كاملا لشبهها بالمشترك ا هـ ملخصا." (٣)

"(قوله نصف هذا الطعام) قيد بالنصف ؛ لأنه لو استأجره ليحمل الكل بنصفه لا يكون شريكا فيجب أجر المثل وهي مسألة المتن .

(قوله لا أجر له أصلا) أي لا المسمى ولا أجر المثل عناية .

---

(١) رد المحتار، ١٣٤/٢٣

(٢) رد المحتار، ٩٤/٢٤

(٣) رد المحتار، ٢٩٠/٢٤

(قوله لصيرورته شريكا) قال الزيلعي ؛ لأن الأجير ملك النصف في الحال بالتعجيل فصار الطعام مشتركا بينهما فلا يستحق الأجر ؛ لأنه لا يعمل شيئا لشريكه إلا ويقع بعضه لنفسه هكذا قالوا .

وفيه **إشكالان** : أحدهما أن الإجارة فاسدة والأجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كان عينا أو دينا على ما بيناه من قبل ، فكيف ملكه هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل .

والثاني أنه قال ملكه في الحال ، وقوله لا يستحق الأجر ينافي الملك ؛ لأنه لا يملكه إذا ملكه إلا بطريق الأجرة ، فإذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه ا هـ (قوله أجاب عنه المصنف) قلت : وأجاب في الحواشي السعدية بقوله لعل مرادهم : أي بقولهم لا يستحق الأجر نفي الملك ؛ لأن وجوده يؤدي إلى عدمه ، وما هو كذلك يبطل ، فقولهم ملك الأجر في الحال كلام على سبيل الفرض والتقدير ، والظاهر أن وضع المسألة فيما إذا سلم إلى الأجير كل الطعام فيكون تقدير الكلام لو وجب الأجر في الصورة المفروضة لملك الأجير الأجرة في الحال بالتعجيل ، والثاني باطل إذ يكون حينئذ مشتركا فيفضي إلى عدم وجوب الأجرة ، وكل ما أفضى وجوده إلى انتفاء لزومه فهو باطل ا هـ .

وحاصل **جواب** المصنف عن الأول أن الأجرة هنا معجلة كما صرح." (١)

"مبحث اختلاف المؤجر والمستأجر .

(قوله في إباق العبد أو مرضه) كأن قال المستأجر في آخر الشهر : أبق أو مرض في المدة وأنكر المولى ذلك أو أنكر إسناده إلى أول المدة فقال : أصابه قبل أن يأتيني بساعة زيلعي .

(قوله فيكون القول قول من يشهد له الحال) ؛ لأن وجوده في الحال يدل على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر مرجحا وإن لم يصلح حجة ، لكن إن كان يشهد للمؤجر ففيه **إشكال** من حيث إنه يستحق الأجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق ، **وجوابه** أنه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد وإنما الظاهر يشهد على بقائه إلى ذلك الوقت زيلعي ملخصا." (٢)

"البدائع تبعا لابن الكمال ، من أنه لو أتلف مال الغير لا يؤاخذ به في الحال ، فهو المتبادر من التبيين والدرر ، ويخالفه ما نقله المصنف عن ابن مالك من أنه مؤاخذ في الحال بما استهلكه .

وسيأتي مثله في المأذون عن العمادية قال الرملي : ومثله في النهاية والجوهرة والبزازية والخلاصة والولوالجية ثم قال : والحاصل أن النقل مستفيض في هذه المسألة بالضمان في الحال فيباع أو يفديه المولى ا هـ ملخصا .

ومثله في الحامدية عن السراج ثم قال : وفي التتارخانية من الكفالة : فإن كان له كسب يوفي ذلك من كسبه وإلا تباع رقبته بدين الاستهلاك إلا أن يقضيه المولى ا هـ وفي القنية من باب أمر الغير بالجناية رامزا لبكر خواهر زاده : عبد محجور جنى على مال فباعه المولى بعد علمه بالجناية ، فهو في رقبة العبد يباع فيها على من اشتراه بخلاف الجناية على النفس .

وفي التتارخانية من التاسع من الجنايات فرق بين الجناية على الآدمي وبين الجناية على المال ، ففي الأول خير المولى بين

---

(١) رد المحتار، ٣٠٠/٢٤

(٢) رد المحتار، ٣٥٨/٢٤

الدفع والفداء وفي الثاني خير بين الدفع والبيع ا هـ .
(قوله : اللهم إلا أن يقال) أي في الجواب عن الإشكال وهذه الصيغة تؤتى في صدر جواب فيه ضعف كأنه يطلب من الله تعالى صحته .
(قوله : الأصل فيه ذلك) أي الأصل في فعله النفاذ في الحال لما يأتي أن الرق ليس بسبب للحجر في الحقيقة .
(قوله : لكنه) أي النفاذ أخر لعتقه أي لوقت عتقه أو إليه لقيام المانع وهو حق المولى .
(قوله : وسببه صغر وجنون)." (١)

"وفى الثمن بحقهم وليس كذلك بل لهم خيار الفسخ إذا لم يف الثمن بحقهم ، وإن لم يكن فيه محاباة لأجل الاستسعاء ، وقد ذكره بنفسه قبيله ولا خيار لهم إن وفى الثمن بحقهم وإن كان فيه محاباة لوصول حقهم إليه ولو قال وتأويل المسألة فيما إذا باعه بثمن لا يفي بدينهم استقام وزال الإشكال ؛ لأن الثمن إذا لم يف بدينهم لهم نقض البيع كيفما كان ، وإذا وفى ليس لهم نقضه كيفما كان وإذا لم يوجد شيء مما ذكرنا من تأجيل الدين وطلبهم البيع ، ووفاء الثمن بالدين فالبيع موقوف حتى يجوز بإجازة الغرماء وهي مسألة الكتاب ا هـ ونحوه في شروح الهداية (قوله ؛ لأن قبضهم إلخ) تعليل لمفهوم قوله إن لم يصل ثمنه إليهم والتقدير : فإن وصل ليس لهم الرد ؛ لأن إلخ والأولى أن يقول بالبيع ط .
ثم إن هذا جواب عن صاحب الهداية وأصله لصاحب النهاية حيث قال : اللهم إلا أن يريد بقوله : فإن وصل ولا محاباة في البيع رضاهم بأخذ الثمن وهو رضا بالبيع ثم قال : ولكن احتمال إحضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فكان المعول عليه قول الإمام قاضي خان تأويله إذا با ع بثمن لا يفي بديونهم ا هـ .
وحاصله : أن الوصول يحتمل معنى الإحضار والتخلية كما يحتمل معنى القبض فلا يدل على الرضا .
أقول : لكن قول صاحب الهداية قبله إن لهم الخيار إذا لم يف الثمن بحقهم قرينة ظاهرة ، على أنه أراد بالوصول القبض كي لا يتناقض كلامه وإعمال الكلام أولى من إهماله سيما من مثل هذا." (٢)

"(قوله فإن مات العامل إلخ) أشار إلى أن العقد وإن بطل لكنه يبقى حكما أي استحسانا كما في شرحه على الملتقى وغيره دفعا للضرر ، فاندفع ما في الشرنبلالية من دعوى التنافي تأمل (قوله وإن أرادوا القلع) التعبير به يناسب المزارعة لا المساقاة ا هـ ح .
قلت : والأحسن القطع لأنه أشمل تأمل (قوله لم يجبروا على العمل) أي بل يخير الآخر بين أن يقسم البسر على الشرط ، وبين أن يعطيهم قيمة نصيبهم من البسر ، وبين أن ينفق على البسر حتى يبلغ فيرجع بذلك في حصتهم من الثمر كما في الهداية ح (قوله يقوم العامل إلخ) ولو التزم الضرر تتخير ورثة الآخر كما مر ، ونظيره في المزارعة كما في الهداية أيضا .
واستشكل الزيلعي الرجوع على العامل أو ورثته في حصته من الثمر فقط ، وكان ينبغي الرجوع بجميع النفقة لأن العامل إنما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ، ولهذا إذا اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه ، فلو كان الرجوع

---

(١) رد المحتار، ٢٥/١٣٤
(٢) رد المحتار، ٢٥/٢٣٠

بحصته فقط يؤدي إلى أن العمل يجب عليهما حتى تستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلف لأنه يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا **الإشكال** وارد في المزارعة أيضا ا هـ .

وأجاب في السعدية بأن المعنى أن الرجوع في حصة العامل بجميع النفقة لا بحصته كما فهمه هذا الفاضل ا هـ .

وهذا **الجواب** موافق لما قدمناه في المزارعة على التتارخانية ، من أنه يرجع بجميع النفقة مقدرا بالحصة ، ولقول الهداية هناك يرجع بما ينفقه في حصته." (١)

"تغيير ، وهذا يفيد أن قوله والجنين إلخ من المتن كما هو الموجود في المنح ، وهو خلاف ما رأيته في عدة نسخ من هذا الشرح فإنه مكتوب بالأسود .

ومعنى البيت أن الجنين وهو الولد في البطن إن ذكي على حدة حل وإلا لا ، ولا يتبع أمه في تذكيتها لو خرج ميتا فالشطر الثاني مفسر للأول (قوله بدليل أنه روي بالنصب) وعليه فلا **إشكال** أنه تشبيه ، وإن كان مرفوعا فكذلك لأنه أقوى في التشبيه من الأول كما عرف في علم البيان ، قيل ومما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين كما في قوله : وعيناك عيناها وجيدك جيدها سوى أن عظم الساق منك دقيق عناية (قوله وليس في ذبح الأم إلخ) **جواب** عما يقال إنه لو لم يحل بذبح أمه لما حل ذبحها حاملا لإتلاف الحيوان وتقرير **الجواب** ظاهر ، لكن في الكفاية إن تقاربت الولادة يكره ذبحها ، وهذا الفرع لقول الإمام : وإذا خرج حيا ولم يكن من الوقت مقدار ما يقدر على ذبحه فمات يؤكل ، وهو تفريع على قولهما ا هـ." (٢)

"الرهن بتضمينه فيعود حقه كما كان ، لأن الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا عناية : وهنا **إشكال وجواب** مذكوران في الهداية والتبيين." (٣)

"(قوله لتخليص ملكه) أي لأنه يريد بذلك تخليص ملكه فهو مضطر إليه (قوله بخلاف الأجنبي) أي إذا قضى الدين لأنه متبرع إذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبل هداية (قوله وإن أقل فلا جبر) أي لا يجبر المرتهن على تسليم الرهن درر عن تاج الشريعة لأن الزيادة أمانة من جانب الراهن ، كذا قيل ولم نجد ذلك في كلام الشراح ، وعزوه إلى تاج الشريعة فرية بلا مرية كذا أفاده عزمي زاده (قوله لكن استشكله الزيلعي وغيره) أي استشكل كون الزائد تبرعا حيث قال وهذا مشكل ، لأن تخليص الرهن لا يحصل بإيفاء البعض فكان مضطرا ؛ وهذا لأن غرضه تخليصه لينتفع به ، ولا يحصل ذلك إلا بأداء الدين كله ، إذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفي الكل ا هـ .

والإشكال ذكره جميع شراح الهداية مع **جوابه** بأن الضمان إنما وجب على المستعير باعتبار إيفاء الدين من ملكه فكان الرجوع عليه بقدر ما تحقق الإيفاء ا هـ ونقلوه عن الإيضاح والخانية وغيرهما وكأن الزيلعي لم يرتض بهذا **الجواب** فلم يذكره ولذا قال في السعدية إن للكلام فيه مجالا (قوله فلذا لم يعرج عليه إلخ) أقول يجب اتباع المنقول وإن لم يظهر للعقول مع

---

(١) رد المحتار، ٢٦/١٣٤

(٢) رد المحتار، ٢٦/١٨٢

(٣) رد المحتار، ٢٧/٤٠١

أن الجواب لائح وهو تقصير المعير عن التقييد بالرهن بالقيمة من أول الأمر ، فإذا ترك ما يدفع الإضرار كان في دفع الزائد مختارا بهذا الاعتبار فكن من ذوي الأبصار ا هـ سائحاني (قوله مع متابعته للدرر) أي إن عادته ذلك غالبا ، وقد نص في." (١)

"(قوله : وبهذا اندفع سؤال صدر الشريعة) حاصل : سؤاله أن قول الموصي ثلث مالي له لا يصلح إخبارا لأنه كذب فتعين الإنشاء ، فينبغي أن يكون له النصف ، وتقرير الدفع سلمنا أن قوله ذلك إنشاء إلا أنه بعد قوله سدس مالي له محتمل ، لأن يكون أراد به زيادة سدس أو أراد ثلثا آخر غير السدس ، فيحمل على المتيقن (قوله : وإشكال ابن الكمال) حيث قال في هامش شرحه بعد تقريره جواب السؤال المار بما ذكرناه .

بقي ههنا شيء : وهو أنه لا يخلو من أن يكون الثلث الذي أجازه الورثة ثلثا زائدا على السدس الذي أجازوه أو لا يكون ثلثا زائدا عليه إذ لا وجه لإجازتهم بلا تعيين المراد ، إذ مرجعه إلى إجازة اللفظ ، ولا معنى له والثاني يأباه قوله : وأجازوا لأنه مستغنى عن إجازتهم ، وعلى الأول لا يصح الجواب المذكور ، ولعله لذلك أسقط صاحب الكنز القيد المذكور ا هـ .

وحاصله : أنه يتعين المعنى الثاني وهو أن تكون الإجازة لثلث غير زائد على السدس : أي لثلث داخل فيه السدس لأنه المتيقن ، وبه يتم الجواب عن سؤال صدر الشريعة ، لكن يبقى قوله : وأجازوا زائدا لا فائدة فيه إذ الثلث لازم مطلقا ، ولهذا أسقطه في الكنز .

والجواب ما أشار إليه الشارح بقوله : وإن أجازت الورثة أي إنه غير قيد احترازي بل ذكروه لئلا يتوهم أن له النصف عند الإجازة وليفهم أن له الثلث عند عدمها بالأولى فافهم ، ولله در هذا الشارح على هذه الرموز التي هي جواهر الكنوز ، لكن بقي هنا إشكال ذكره في." (٢)

"كما فعل في المنتقى والدرر والإصلاح (قوله والدين إلخ) جواب سؤال : هو أن هذا إقرار بدين والدين مقدم على حق الورثة ، وحق أصحاب الوصايا فلم قدم العزل لهما عليه ؟ (قوله : ما ذكر) أي من تصديق الفريقين (قوله فيؤخذ الورثة بثلثي ما أقروا به إلخ) لأنه إذا أقر كل فريق بسهم ظهر أن في التركة دينا شائعا في النصيبين ، فيؤخذ الدين منهم بحساب ما في أيديهم من التركة عيني وغيره (قوله : وما بقي فلهم) أي ما بقي من الثلث فلأصحاب الوصايا ، وما بقي من الثلثين ، فللورثة حتى لو قال الموصي لهم الدين مائة يعطى المقر له ثلثها مما في أيديهم فإن فضل شيء فلهم ، وإن قال الورثة : الدين ثلاثمائة يعطى المقر له مائتين مما في أيديهم ، فإن فضل شيء فلهم ، وإلا فلا أتقاني (قوله : على العلم) أي بأنهم لا يعلمون أن له أكثر من ذلك قال الزيلعي : لأنه تحليف على فعل الغير ا هـ أي على ما جرى بين المدعي والميت لا على فعل نفسه فلا يحلف على البتات (قوله : قلت بقي إلخ) منشأ ذلك أن قول المصنف كغيره عزل الثلث لأصحاب الوصايا ظاهر في أن الوصايا استغرقت الثلث ، وبه صرح الزيلعي ، وابن الكمال كما يأتي في الإشكال ، فلم يعلم منه حكم ما إذا كانت دونه ، نعم يفهم منه أنه يعزل بقدرها بقي إذا عزل منه بقدر الوصايا فقط وقيل : لكل من

---

(١) رد المحتار، ٤٣٣/٢٧

(٢) رد المحتار، ٣٩/٢٩

أصحابها والورثة صدقوه فيما شئتم ، فكم يؤخذ من كل فريق منهم وذكر ط أن قياس ما ذكروه في المسألة السابقة أن ينظر إلى ما في." (١)

"يد كل فيكون ما صدقوه فيه لازما على قدر الحصص ا هـ .

قلت : وبقي أيضا أن ما يؤخذ من أصحاب الوصايا هل يرجعون به في ثلث التركة تكميلا لوصاياهم بناء على أن ما أخذه المقر له دين ثبت شائعا في التركة بعد إقرار الفريقين كما مر عن العيني ، وقد بقي من الثلث ما يكمل وصاياهم ، بخلاف المسألة السابقة لأن الوصايا قد استغرقت الثلث فيها أم لا يرجعون به لأن ما يأخذه المقر له وصية في حقهم كما صرح به الأتقاني في المسألة السابقة لم أر فتأمل (قوله : وبقي أيضا هل يلزمهم) الأولى أن يقول كيف يلزمهم وهو استشكال لإلزام الورثة بتصديقه بعد عزلهم الثلث للوصايا ، وقوله يراجع ابن الكمال به إنما قال به أي بسبب ما توقف فيه الشارح ، لأن ما ذكره ابن الكمال على المسألة السابقة ، لكن يفهم منه جواب ما توقف فيه الشارح كما قررناه فافهم ، وعبارة ابن الكمال : قيل هذا مشكل من حيث إن الورثة كانوا يصدقونه إلى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وهنا ألزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث ، لأن أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في أيديهم من الثلث شيء ، فوجب أن لا يلزمهم تصديقه ا هـ .

وقوله : من حيث إن الورثة كانوا إلخ أي في مسألة ما إذا لم يوص بوصايا مع الإقرار ، وقوله : وهنا أي فيما إذا أوصى بوصايا مع ذلك ، وأصل الإشكال للإمام الزيلعي .

وأجاب عنه العلامة المقدسي : بأنه لما كان المقر به له." (٢)

"شبهان شبه الوصية لخروجها مخرجها وشبه الدين لتسميته إياه دينا فهو دين في الصورة ووصية في المعنى فروعي شبه الوصية حين لا وصية ، وروعي شبه الدين حين وجود الوصية ، لأن التنصيص عليه معها دليل المغايرة فصدق فيما زاد على الثلث مع مراعاة جانب الورثة ، والموصى له حيث علق بمشيئتهم تعويلا على علمهم في ذلك ، واجتهادهم في تخليص ذمة مورثهم ا هـ وأجاب العلامة قاضي زاده بجواب رده الشرنبلالي ، وأجاب عن الإشكال بجواب آخر قريب من جواب المقدسي فراجعهما من حاشية ح." (٣)

"(قوله : ولو أوصى بثلثه إلخ) معناه ترك عبدا ومالا ووارثا ، والعبد مقدار ثلث ماله وبه صرح قاضي خان معراج (قوله : لينفذ من كل المال) فكأنه يقول : لم يقع العتق وصية ، ووصيتي بثلث ماله صحيحة فيما وراء العبد (قوله : ويقدم على بكر) لأنه إذا وقع في المرض وقع وصية ، وقيمة العبد ثلث المال فلم يكن للموصى له بالثلث شيء ، لأن الوصية بالعتق مقدمة بالاتفاق معراج (قوله : ولا شيء لزيد) لما علمته من تقديم العتق .

وأما قول المصنف فيما مر ويزاحم أصحاب الوصايا فقد علمت المراد منه فافهم (قوله : إلا أن يفضل إلخ) أي إلا أن

---

(١) رد المحتار، ٢٩/٥٢

(٢) رد المحتار، ٢٩/٥٣

(٣) رد المحتار، ٢٩/٥٤

يكون ثلث المال زائدا على قيمة العبد فتنفذ الوصية لزيد فيما زاد على القيمة منح (قوله : من قيمة العبد) كذا عبر الزيلعي .

وعبارة الدرر : على قيمة العبد وهي أولى ، وإن أمكن جعل من بمعنى على كما قال الأخفش والكوفيون في قوله تعالى – ﴿ ونصرناه من القوم ﴾ – أفاده ط عن المكي (قوله : فإن الموصى له خصم إلخ) **جواب** عن **إشكال** ، وهو أن الدعوى في العتق شرط لإقامة البينة عنده ، وكيف تصح إقامتها من غير خصم ؟ فقال : هو خصم في إثبات حقه لأنه مضطر إلى إقامتها على حرية العبد ليفرغ الثلث عن الاشتغال بحق الغير معراج (قوله : وكذا العبد) أي خصم أيضا لأن العتق حقه .

أقول : والمراد أنه خصم في غير هذه الصورة ؛ لأن الوارث مقر بعتقه هنا أو فيما إذا زادت قيمته على الثلث فهو خصم في إثبات عتقه في الصحة تأمل." (١)

"أو بفعل المرأة وكل وجه على وجهين أما إن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كلاهما في المرض

أما الوجهان الأولان وهو ما إن كان التعليق بمجيء الوقت بأن قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق أو بفعل الأجنبي بأن قال إذ دخل فلان الدار أو صلى فلان الظهر فإن كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لأن القصد إلى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله وإن كان التعليق بالصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر رحمه الله ترث لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان إيقاعا في المرض ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم إلا عن قصد فلا يرد تصرفه

وأما الوجه الثالث وهو ما إذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كانا في المرض والفعل مما له عنه بد أو لا بد له منه يصير فارا لوجود قصد الابطال إما بالتعليق أو بمباشرة الشرط في المرض وإن لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق ألف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها

وأما الوجه الرابع وهو ما إذا علقه بفعلها فإن كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لأنها راضية بذلك وإن كان الفعل مما بد لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر وكلام الأبوين ترث لأنها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا أو في العقبى ولا رضا مع الاضطرار وأما إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض فإن كان الفعل مما لها منه بد فلا **إشكال** أنه لا ميراث لها وإن كان مما لا بد لها منه فكذلك **الجواب** عند محمد رحمه الله وهو قول زفر لأنه لم يوجد من الزوج صنع بعدما تعلق حقها بماله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ترث لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه كأنها آلة له كما في الإكراه

قال وإذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر رحمه الله ترث لأنه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض إذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لأنه ينعدم به مرض الموت فتبين أنه لا

---

(١) رد المحتار، ٧٤/٢٩

حق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات الزوج من مرضه وهي في العدة لم ترث وإن لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع

". (١)

"

ألا ترى أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول وكذا إذا قال لها إذا مرضت فأنت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لأنه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما أورد لأن غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه إذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته مالا يمكنه الامتناع عنه ولأنه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي إليه والظاهر أنه يفعله فهذا دلالة الاختيار

قال وإذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من قطع اليد فالعبد صلح بالجناية وإن لم يعتقه رد على المولى وقيل للأولياء اقتلوه أو اعفوا عنه ووجه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا لأن الصلح كان عن المال لأن أطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين أطراف الحر فإذا سرى تبين أن المال غير واجب وإنما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما إذا وطىء المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح للصلح لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له إلا أن يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقدرضي المولى به لأنه لما رضي يكون العبد عوضا عن القليل يكون أرضى بكونه عوضا عن الكثير فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد **إشكالا** فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب قيل ما ذكر ههنا **جواب** القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بيهما فرق ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهرا لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وإن بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فإذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا إذا بم يعتقه أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل

". (٢)

---

(١) الهداية شرح البداية، ٢/٥

(٢) الهداية شرح البداية، ٤/٢٠٦

"الركن لأن لازمه نسخ الإطلاق بخبر الواحد وهو يستلزم تقديم الظني على القاطع وهو لا يحل فيثبت به الوجوب فيأثم بترك الفاتحة ولا تفسد واعلم أن الشافعية يثبتون ركنية الفاتحة على معنى الوجوب عندنا فإنهم لا يقولون بوجوبها قطعا بل ظنا غير أنهم لا يخصون الفرضية والركنية بالقطعي فلهم أن يقولوا نقول بموجب الوجه المذكور وإن جوزنا الزيادة بخبر الواحد لكنها ليست بلازمة هنا فإنا إنما قلنا بركنيتها واقتراضها بالمعنى الذي سميتموه وجوبا فلا زيادة وإنما محل الخلاف في التحقيق أن ما تركه مفسد وهو الركن لا يكون إلا بقاطع أولا فقالوا لا لأن الصلاة مجمل مشكل فكل خبر بين فيها أمرا ولم يقم دليل على أن مقتضاه ليس من نفس الحقيقة يوجب الركنية وقلنا بل يلزم في كل ما أصله قطعي وذلك لأن العبادة ليست سوى جملة الأركان فإذا كانت قطعية يلزم في الكل الأركان قطعيتها لأنها ليست إلا إياها مع الآخر بخلاف ما أصله ظني فإن ثبوت أركانه التي هي هو يكون بظني بلا **إشكال** ولأن الوجوب لما لم يقطع به فالفساد بتركه مظنون والصحة القائمة بالشروع الصحيح قطعية فلا يزول اليقين إلا بمثله وإلا أبطل الظني القطعي قوله فقلنا بوجوبهما على إرادة الأعم من السورة بالسورة فإن الواجب بعد الفاتحة ثلاث آيات قصار أو آية طويلة سواء كان ذلك سورة أو لا نظرا إلى ما تقدم من الرواية القائلة ومعها غيرها بقي أن يقال ثبوت الوجوب بهذا الظني إنما هو إذا لم يعارضه معارض لكنه ثابت بقوله عليه الصلاة والسلام للأعرابي الذي أخف صلاته لما علمه فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ومقام التعليم لا يجوز فيه تأخير البيان فلو كانتا واجبتين لنص عليهما له **والجواب** أن وجوبهما كان ظاهرا ولم يظهر من حال الأعرابي حفظه لهما فقال له عليه الصلاة والسلام فاقرأ ما يسر معك أي سواء كان ما معك الفاتحة أو غيرها غير أنه إن كان معه الفاتحة فالمقصود ما تيسر بعدها لظهور لزومها وفي أبي داود من حديث المسيء صلاته إذا قمت فتوجهت إلى القبلة فكبر ثم اقرأ بأم القرآن وبما شاء الله أن تقرأ وفي رواية رواها قال فيها فتوضأ كما أمرك اله ثم اقرأ وكبر فإن كان معك قرآن فاقرأ به وإلا فاحمد الله وكبره وهلله فالأولى في الجمع الحكم بأنه قال له ذلك كله أي فإن كان معك شيء من القرآن وإلا فكبره الخ وإن كان معك فاقرأ بأم القرآن وبما

(١) ".

"الشفع الأول وكذا لو أفسد عن نفسه يلزمه قضاء الأربع قوله قال صلى الله عليه وسلم من أم قوما الخ غريب والله أعلم وروى محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا إبراهيم بن يزيد المكي عن عمرو بن دينار أن علي بن أبي طالب قال في الرجل يصلي بالقوم جنبا قال يعيد ويعيدون ورواه عبدالرزاق حدثنا إبراهيم بن يزيد المكي عن عمرو بن دينار عن جعفر أن عليا رضي الله عنه صلى بالناس وهو جنب أو على غير وضوء فأعاد وأمرهم أن يعيدوا ومما يستدل به على المطلوب ما أخرجه الإمام أحمد بسند صحيح عنه صلى الله عليه وسلم قال الإمام ضامن وهو ما أشار إليه المصنف بقوله ونحن نعتبر معنى التضمن فإنه المراد بالضمان للإتفاق على نفي إرادة حقيقة الضمان وأقل ما يقتضيه التضمن التساوي فيتضمن كل فعل مما على الإمام مثله وغايته أن يفضل كالمتنفل خلف المفترض وإذا كان كذلك فبطلان صلاة الإمام يقتضي بطلان

(١) شرح فتح القدير، ١/٢٩٤

صلاة المقتدي إذ لا يتضمن المعدوم الموجود وهذا معنى قوله وذلك في الجواز والفساد وما أسند أبو داود أنه صلى الله عليه وسلم دخل في صلاة الفجر فأومأ بيده أن مكانكم ثم جاء ورأسه يقطر ماء فصلى بهم فلما قضى الصلاة قال إنما أنا بشر وإني كنت جنبا وسنده صحيح لا يقتضي أن ذلك كان بعد شروعهم لجواز كون التذكر كان عقيب تكبيره بلا مهلة قبل تكبيرهم على أن الذي في مسلم قال فأتى النبي صلى الله عليه وسلم حتى قام في مصلاه قبل أن يكبر ذكر فانصرف فإن كان هذا المراد بقوله في حديث أبي داود دخل في صلاة الفجر على إرادة دخل في مكانها فلا **إشكال**

وإن كانا قضيتين **فالجواب** ما علمت وأخرج عبدالرزاق عن حسين بن مهران عن مطيع عن أبي المهلب عن عبيدالله بن زجر عن علي بن زيد عن القاسم عن أبي أمامة قال صلى عمر رضي الله عنه بالناس جنبا فأعاد ولم يعد الناس فقال له علي رضي الله عنه قد كان ينبغي لمن صلى معك أن يعيد قال فرجعوا إلى قول علي قال القاسم وقال ابن مسعود مثل قول علي

وما أخرجه الدارقطني عن جويبر عن الضحاك بن مزاحم عن البراء بن عازب عنه صلى الله عليه وسلم أيما إمام سها فصلى بالقوم وهو جنب فقد مضت صلاتهم وليغتسل هو ثم ليعد صلاته وإن صلى بغير وضوء فمثل ذلك ضعيف جويبر متروك والضحاك

". (١)

"الموافق لرأينا للزوم التساقط بالتعارض يلزم كون السجود يلزم بعد السلام فإنه حينئذ مقتضى الدليل القولي فينافيه كون الخلاف في الأولوية حتى لو سجد قبل السلام عندنا يجوز **فالجواب** ما قد روى في غير رواية الأصول أنه قبل السلام لا يجوز فلا **إشكال** على هذه وعلى ما هو الظاهر فلزوم التساقط عند عدم إمكان العمل بالمتعارضين جميعا وهنا يمكن إذ المعنى المعقول من شرعية السجود وهو الجبر لا ينتفي بوقعهما قبل السلام فيجوز كون الفعلين بيانا لجواز الأمرين وأولوية أحدهما وهو إيقاعه بعد السلام هو المراد بالقول ويؤكده المعنى المذكور في الكتاب وتقريره أن سجود السهو تأخر عن زمان العلة وهو وقت وقوع السهو تفاديا عن تكراره إذ الشرع لم يرد به فأخر ليكون جبرا لكل سهو يقع في الصلاة وما لم يسلم فتوهم السهو ثابت ألا ترى أنه لو سجد للسهو قبل السلام ثم شك أنه صلى ثلاثا أو أربعا فشغله ذلك حتى أخر السلام ثم ذكر أنه صلى أربعا فإنه لو سجد بهذا النقص بتأخير الواجب تكرر وإن لم يسجد بقي نقصا لازما غير مجبور فاستحب أن يؤخر بعد السلام لهذا المجوز وهذا دليل أن الخلاف في الأولوية وفي الخلاصة لو سجد قبل السلام لا تجب إعادتها بعد السلام فإن قتل لم لم يحمل اختلاف الفعلين على التوزيع على مورديهما ومورد السجود قبل السلام كان في النقص ومورده بعده كان للزيادة على ما تقدم في الخبرين المذكورين وهذا التفصيل قول مالك وهذا المأخذ مأخذه **فالجواب** كان ذلك متحتما لو لم يثبت قوله صلى الله عليه وسلم لكل سهو أو في كل سهو سجدتان بعد السلام فلما ورد ذلك لزم حمل اختلاف الفعلين على بيان جواز كلا الأمرين غير أن الأولى وقوعه بعد السلام ولا يخفى أن بهذا الذي صرنا إليه يقع الجمع

---

(١) شرح فتح القدير، ٣٧٤/١

بين كل المرويات القولية والفعلية وذلك واجب ما أمكن بخلاف ما ذهب إليه مالك والشافعي فإن قلت كما تعارضت روايتا فعله كذلك تعارضت روايات قوله فإن في الصحيح حديث الخدري عنه صلى الله عليه وسلم إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثا أو أربعا فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم وغيره أيضا **فالجواب** الكلام في سجود السهو على الإطلاق لم يعارض حديث ثوبان فيه دليل قولي أنه على الإطلاق محله قبل السلام وهذا الحديث وسائر أمثاله من القوليات خاصة في الشك وليس الكلام الآن في هذا على أن القولية في الشك قد تعارضت أيضا روى أبو داود والنسائي عن عبدالله بن جعفر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من شك في صلاته فليسجد سجدتين بعد ما يسلم ورواه أحمد في مسنده قيل وابن خزيمة في صحيحه وقال البيهقي إسناده لا بأس به وأحسن منه ما في البخاري من حديث ابن مسعود رضي الله عنه صلى النبي صلى الله عليه وسلم فزاد أو نقص فلما سلم قيل يا رسول اله أحدث شيء في الصلاة فقال وما ذاك قالوا صليت كذا وكذا قال فثنى رجليه واستقبل القبلة وسجد سجدتين ثم سلم ثم أقبل علينا بوجهه فقال إنه لو حدث شيء أنبأتكم به ولكن إنما أنا بشر أنسى كما تنسون فإذا نسيت فذكروني

". (١)

"نقول لا يقصر هذا المسافر وأنا لا أقول باختيار مقابله بل إنه لا مخلص من الذي أوردناه إلا به وأورد أن لزوم ثلاثة أيام في السفر هو على تقديرها ظرفا ليمسح ولم لا يجوز كونها ظرفا لمسافر والمعنى المسافر ثلاثة أيام يمسح وإنه لا ينفي تحقق مسافر في أقل من ثلاثة فيقصر مسافر أقل من ثلاثة لأن مناط رخصة القصر السفر ولم يتحقق بعد نقل فيه ولا إجراء حكم الرخصة وبدل على القصر لمسافر أقل من ثلاثة حديث ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم قال يا أهل مكة لا تقصروا في أدنى من أربعة برد من مكة إلى عسفان فإنه يفيد القصر في الأربعة برد وهي تقطع في أقل من ثلاثة أيام وأجيب بضعف الحديث لضعف رواية عبد الوهاب بن مجاهد فبقي قصر الأقل بلا دليل ولو سلم فهو استدلال بالمفهوم أيضا لأن القصر في أربعة برد أو أكثر إذا كان قطعها في أقل من ثلاثة إنما ثبت بمفهوم لا تقصروا في أقل من أربعة برد

فإن قيل لازم جعله ظرفا لمسافر كما هو جواز مسح الأقل كذلك هو يقتضي جواز مسح المسافر دائما ما دام مسافرا فإن تم ما ذكر **جوابا** عن ذلك اللازم بقي هذا محتاجا إلى **الجواب**

فالجواب أن بقية الحديث لما كان أن المقيم يمسح يوما وليلة بطل كونها ظرفا للمسافر وإلا لزم اتحاد حكم السفر والإقامة في بعض الصور وهي صورة مسافر يوم وليلة لأنه إنما يمسح يوما وليلة وهو معلوم البطلان للعلم بفرق الشرع بين المسافر والمقيم ويؤيد كونه ظرفا ليمسح أن السوق ليس إلا لبيان كمية مسح المسافر لا لإطلاقه وعلى تقدير كون الظرف لمسافر يكون يمسح مطلقا وليس بمقصود قوله والسير المذكور الخ إشارة إلى سير الإبل ومشي الأقدام فيدخل سير البقر بجر العجلة ونحوه قوله هو الصحيح احتراز عما قيل يقدر بها فقيل بأحد وعشرين فرسخا وقيل بثمانية عشر وقيل بخمسة عشر

(١) شرح فتح القدير، ١/٥٠٠

وكل من قدر بقدر منها اعتقد أنه مسيرة ثلاثة أيام وإنما كان الصحيح أن لا يقدر بها لأنه لو كان الطريق وعرا بحيث يقطع في ثلاثة أيام أقل من خمسة عشر فرسخا قصر بالنص

وعلى التقدير بأحد هذه التقديرات لا يقصر فيعارض النص فلا يعتبر سوى سير الثلاثة وعلى اعتبار سير الثلاثة بمشي الأقدام لو سارها مستعجل كالبريد في يوم قصر فيه وأفطر لتحقق سبب الرخصة وهو قطع مسافة ثلاثة بسير الإبل ومشي الأقدام كذا ذكر في غير موضع وهو أيضا مما يقوى **الإشكال** الذي قلناه ولا مخلص إلا أن يمنع قصر مسافر يوم واحد وإن قطع فيه مسيرة أيام وإلا لزم القصر لو قطعها في ساعة صغيرة كقدر درجة كما لو كان صاحب كرامة الطي لأنه يصدق عليه أن قطع مسافة ثلاثة بسير الإبل وهو بعيد الانتفاء مظنة المشقة وهي العلة أعني التقدير بسير ثلاثة أيام أو أكثرها لأنها

". (١)

"حاجتها قالت وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ألقيت عليه المهابة قاله فخرج علينا بلال فقلت أئت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره أن امرأتين بالباب تسألانك هل تجزئ الصدقة عنهما على أزواجهما وعلى أيتام في حجورهما ولا تخبره من نحن قالت فدخل بلال على رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من هما قال امرأة من الأنصار وزينب

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الزيانب قال امرأة عبد الله

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لهما أجران أجر القرابة وأجر الصدقة ورواه البزار في مسنده فقال فيه فلما انصرف وجاء إلى منزله يعني النبي صلى الله عليه وسلم جاءته زينب امرأة عبد الله فاستأذنت عليه فأذن لها فقالت يا نبي الله إنك اليوم أمرتنا بالصدقة وعندي حلي لي فأردت أن أتصدق به فزعم ابن مسعود أنه وولده أحق من تصدق به عليهم فقال عليه الصلاة والسلام صدق ابن مسعود زوجك وولدك أحق من تصدقت به عليهم ولا معارضة لازمة بين هذه والأولى في شيء بأدنى تأمل

وقوله وولدك يجوز كونه مجازا عن الربائب وهم الأيتام في الرواية الأخرى وكونه حقيقة والمعنى أن ابن مسعود إذ تملكها أنفقها عليهم **والجواب** أن ذلك كان في صدقة نافلة لأنها هي التي كان عليه الصلاة والسلام يتخول بالموعظة والحث عليها

وقوله هل يجزئ إن كان في عرف الفقهاء الحادث لا يستعمل غالبا إلا في الواجب لكن كان في ألفاظهم لما هو أعم من النفل لأنه لغة الكفاية فالمعنى هل يكفي التصدق عليه في تحقيق مسمى الصدقة وتحقيق مقصودها من التقرب إلى الله تعالى فيسلم القياس حينئذ عن المعارض قوله وله حق في كسب مكاتبه ولذا لو تزوج بأمة مكاتبه لم يجز بمنزلة تزوجه بأمة نفسه قوله لأنه حر مديون إما أن يكون لفظ أعتق بعضه مبنيا للفاعل أو للمفعول فعلى الأول لا يصح التعليل لهما

---

(١) شرح فتح القدير، ٢/٣٠

بأنه حر مديون إذ هو حر كله بلا دين عندهما لأن العتق لا يتجزأ عندهما فإعتاق بعضه إعتاق كله وعلى الثاني لا يصح تعليله عدم الإعطاء بأنه بمنزلة المكاتب عنده لأنه حينئذ مكاتب للغير وهو مصرف بالنص فلا يعرى عن **الإشكال** ويحتاج في دفعه إلى تخصيص المسألة

فإن قرئ بالبناء للفاعل فالمراد عبد مشترك بينه وبين ابنه أعتق هو نصيبه فعليه السعاية للابن فلا يجوز له الدفع إليه لأنه كمكاتب ابنه وكما لايدفع لابنه لا يجوز الدفع لمكاتبه وعندهما يجوز لأنه حر مديونه للابن وإن قرىء بالبناء للمفعول فالمراد عبد مشترك بين أجنبيين أعتق أحدهما نصيبه فيستسعيه الساكت فلا يجوز للساكت الدفع إليه لأنه كمكاتب نفسه وعندهما يجوز لأنه مديونه وهو حر ويجوز أن يدفع الإنسان

". (١)

"أنه كان يقبله ويسجد عليه بجبهته

وقال رأيت عمر رضي الله عنه قبله ثم سجد عليه ثم قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل ذلك ففعلته رواه ابن المنذر والحاكم وصححه

وما رواه الحاكم عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سجد على الحجر وصححه يحمل على أنه مرسل صحابي لما صرح من توسط عمر إلا أن الشيخ قوام الدين الكاكي قال وعندنا الأولى أن لا يسجد لعدم الرواية في المشاهير ونقل السجود عن أصحابنا الشيخ عز الدين في مناسكه قوله وقال لعمر في رواية لابن ماجه عن ابن عمر قال استقبل النبي صلى الله عليه وسلم الحجر ثم وضع شفتيه عليه يبكي طويلا ثم التفت فإذا هو بعمر بن الخطاب يبكي فقال يا عمر ههنا تسكب العبرات قوله وإن أمكنه أن يمس الحجر شيئا في يده أو يمسه بيده ويقبل مامس به فعل أما الأول فلما أخرج الستة إلا الترمذي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم طاف في حجة الوداع على راحلته يستلم الحجر بمحجنه لأن يراه الناس وليشرف وليسألوه فإن الناس غشوه

وأخرجه البخاري عن جابر إلى قوله لأن يراه الناس

ورواه مسلم عن أبي الطفيل رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يطوف بالبيت على راحلته يستلم الركن بمحجن معه ويقبل المحجن

وههنا **إشكال** حديثي وهو أن الثابت بلا شبهة أنه عليه الصلاة والسلام رمل في حجة الوداع في غير موضع ومن ذلك حديث جابر الطويل فارجع إليه وهذا ينافي طوافه على الراحلة

فإن أجيب بحمل حديث الراحلة على العمرة دفعه حديث عائشة رضي الله عنها في مسلم طاف عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع على راحلته يستلم الركن كراهية أن يصرف الناس عنه ومرجع الضمير فيه إن احتمل كونه الركن يعني أنه لو طاف ماشيا لانصرف الناس عن الحجر كلما جاء إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم توقيرا له أن يزاحم لكنه

---

(١) شرح فتح القدير، ٢٧١/٢

يحتمل كون مرجعه النبي صلى الله عليه وسلم يعني لو لم يركب لانصرف الناس عنه لأن كل من رام الوصول إليه لسؤال أو لرؤية لاقتداء لا يقدر لكثرة الخلق حوله فينصرف من غير تحصيل حاجته فيجب الحمل عليه لموافقة هذا الاحتمال حديث ابن عباس فيحصل اجتماع الحديثين دون تعارضهما

والجواب أن في الحج للآفاقي أطوفة فيمكن كون المروي من ركوبه كان في طواف الفرض يوم النحر ليعلمهم ومشيه كان في طواف القدوم وهو الذي يفيده حديث جابر الطويل لأنه حكى ذلك الطواف الذي بدأ به أول دخوله مكة كما يفيده سوقه للناظر فيه

فإن قلت فهل يجمع بين ما عن ابن عباس وعائشة رضي الله عنهم إنما طاف راكبا ليشرف ويراه الناس فيسألوه وبين ما عن سعيد بن جبير أنه إنما طاف كذلك لأنه كان يشتكي

كما قال محمد أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان أنه سعى بين الصفا والمروة مع عكرمة

---

(١) ".

"تم فصار فعل البعض كعدم فعل شيء وإذا لم يفعل شيئا ثم أحرم بالحج يرفض العمرة فكذا إذا فعل الأقل **وجوابه** منع كون الأقل إذا لم يعتبر تمام الشيء فإنه يعتبر عدما لجواز أن لا يعتبر عدما ولا كالكل بل يعتبر بمجرد وجوده عبادة متنهضا سببا للثواب بنفسه إن كان البعض يصلح عبادة بالاستقلال وبواسطة إتمامه إن لم يصلح مع إيجاب الإتمام وحينئذ هذا البعض إن كان من الأول فلا **إشكال** وإن كان من الثاني فقد ثبت بمجرد وجوده اعتباره وتعليق خطاب الإتمام به وهو قوله تعالى ﴿ ولا تبطلوا أعمالكم ﴾ وفي رفض العمرة إبطاله فوجب إتمامه ولنذكر تقسيما ضابطا لفروع الباب ثم ننتقل في كلام المصنف فنقول الجمع إما بين إحرامي حجتين فصاعدا كعشرين أو عمرتين كذلك أو حجة وعمرة الأول إما أن يجمع بينهما معا أو على التعاقب أو على التراخي فإما بعد الحلق في الأول أو قبله وفي هذا إما أن يفوته الحج من عامه أولا ففيما إذا أحرم بهما معا أو على التعاقب لزماه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد في المعية يلزمه إحداهما وفي التعاقب الأولى فقط وإذا لزماه عندهما ارتفضت إحداهما باتفاقهما ويثبت حكم الرفض واختلفا في وقت الرفض فعند أبي يوسف

---

(٢) ".

"من الأبوين أن يحج عنه حجة الإسلام فأحرم بها عنهما كان **الجواب** **كالجواب** المذكور في الأجنبيين فلا **إشكال** أن مخالفة كل منهما فيما إذا أحرم بحجة عن أحدهما لم تتحقق بمجرد ذلك لأن كلا منهما أمره بحجة وأحدهما صالح لكل منهما صادق عليه ولا منافاة بين العام والخاص ولا يمكن أن تصير للمأمور لأنه نص على إخراجهما عن نفسه بجعلها

---

(١) شرح فتح القدير، ٢/٤٥٠

(٢) شرح فتح القدير، ٣/١١٧

لأحد الآمرين فلا تنصرف إليه إلا إذا وجد أحد الأمرين اللذين ذكرناهما ولم يتحقق بعد لأن معه مكنة التعيين ما لم يشرع في الأعمال بخلاف ما إذا لم يعين حتى شرع وطاف ولو شوطا لأن الأعمال لا تقع لغير معين فتقع عنه ثم ليس في وسعه أن يحولها إلى غيره وإنما جعل له الشرع ذلك في الثواب ولولا السمع لم يحكم به في الثواب أيضا ولا خفاء في أن إحرمه بحجة بلا زيادة ليس فيه مخالفة أحد ولا تعذر التعيين ولا يقع عن نفسه لما قدمناه وأما الرابع فأظهر من الكل ولو أمره رجل بحجة فأهل بحجتين إحداهما عن نفسه والأخرى عن الآمر فهو مخالف لتضمن الإذن بالحج مع كون نفقة السفر هي المحققة للصحة إفراد السفر للآمر فلو فرض التي عن نفسه جازت الباقية عن الآمر كأنه أحرم بها وحدها ابتداء إذ لا إخلال في ذلك المقصود بالرفض والحاج عن غيره إنشاء قال لبيك عن فلان وإن شاء اكتفى بالنية عنه والأفضل أن يكون قد حج عن نفسه حجة الإسلام خروجا من الخلاف وسنقرره إن شاء الله تعالى ويجوز إحجاج الحر والعبد والأمة والحرة وفي الأصل نص على كراهة المرأة في المبسوط فإن أحج امرأته جاز مع الكراهة لأن حج المرأة أنقص فإنه ليس عليها رمل ولا سعي في بطن الوادي ولا رفع صوت بالتلبية ولا الحلف أه والأفضل إحجاج الحر العالم بالمناسك الذي حج عن نفسه حجة الإسلام وذكر في البدائع كراهة إحجاج الصرورة لأنه تارك فرض الحج والعبد لأنه ليس أهلا لأداء الفرض عن نفسه فيكره عن غيره وليس للمأمور أن يأمر غيره بما أمر به عن الآمر وإن مرض في الطريق إلا أن يكون وقت الدفع قيل له اصنع ما شئت فحينئذ يكون له أن يأمر غيره به وإن كان صحيحا وفيه لو أحج رجلا يحج ثم يقيم بمكة جاز لأن الفرض صار مؤدى والأفضل أن يحج ثم يعود إليه قوله بخلاف ما إذا لم يعين حجة أو عمرة هذه هي الصورة الرابعة فيما ذكرناه من صور الإبهام توهما واردة عليه فدفع الإيراد بالفرق لأن الملتزم فيها مجهول دون الملتزم له وما نحن فيه قلبه وجهالة الملتزم لا تمنع لما عرف في الإقرار بمجهول لمعلوم

". (١)

"فيه غير صحيح لأن جميع الثلث محل الوصية فما بقي منه يجب تنفيذ الوصية فيه وأبو حنيفة يقول المال ليس بمقصود للموصى بل مقصوده الحج به فإذا لم يفد هذا التعيين هذا المقصود صار كعدمه وما هلك من المال كان كأن لم يكن بمنزلة ما إذا هلك قبل هذا الإفراز والوصية باقية بعد بالإحجاج مطلقا فينصرف إلى ثلث الباقي إذا صار الهالك كأن لم يكن قبل الوصية فيكون محلها ثلثه وأما الثاني فمبناه على أن السفر هل بطلت بالموت أو لا فقالا لا وهو استحسان وقال نعم وهو قياس وقوله في الأول أوجه وهما هنا أوجه له قوله عليه الصلاة والسلام إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له رواه مسلم وأبو داود والنسائي ولهما في أنه لم يبطل ما أخرجه الطبراني في الوسط وأبو يعلى والبيهقي في شعب الإيمان عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من خرج حاجا فمات كتب له أجر الحاج إلى يوم القيامة ومن خرج معتمرا فمات كتب له أجر المعتمر إلى يوم القيامة ومن خرج غازيا في سبيل الله فمات كتب له أجر الغازي إلى يوم القيامة قال الحافظ المنذري رواه أبو يعلى من رواية محمد بن إسحاق

---

(١) شرح فتح القدير، ١٥١/٣

وبقية رواته ثقات وأنت قد أسمعناك أن الحق في ابن إسحاق أنه ثقة أيضا ثم ما رواه إنما يدل على انقطاع العمل والكلام في بطلان القدر الذي وجد في حكم العبادة والثواب وهو غيره وغير لازمه لأن انقطاع العمل لفقد العامل لا يستلزم ما كان قد وجد في سبيل الله وقال تعالى ﴿ وما كان الله ليضيع إيمانكم ﴾ فيما كان معتدا به حين وجد ثم طرأ المنع منه **وجواب** أبي حنيفة أن المراد بعدم الانقطاع في أحكام الآخرة والانقطاع في أحكام الدنيا وهو الذي يوجبه هنا كمن صام إلى نصف النهار في رمضان ثم حضره الموت يجب أن يوصي بفدية ذلك اليوم وإن كان ثواب إمساك ذلك اليوم باقيا

فرع مات وترك ابنين وأوصى أن يحج عنه بثلاثمائة وترك تسعمائة فأنكر أحد الابنين واعترف الآخر فدفع من حصته مائة وخمسين لمن يحج بها ثم اعترف الآخر فإن كان حج بأمر الوصي يأخذ المقر من الجاحد خمسة وسبعين لأنه جاز عن الميت بمائة وخمسين وبقيت مائة وخمسون ميراثا بينهما وإن حج بغير أمر الوصي يحج مرة أخرى بثلاثمائة قوله ومن أهل بحجة عن أبويه فله أن يجعلها عن أحدهما فاستفدنا أنه إذا أهل عن أحدهما على الإبهام أن له أن يجعلها عن أحدهما بعينه بطريق أولى ومبناه على أن نيته لهما تلغو بسبب أنه غير مأمور من قبلهما أو أحدهما فهو متبرع فتقع الأعمال عنه ألبتة وإنما يجعل لهما الثواب وترتبه بعد الأداء فتلغو نيته قبله فيصح جعله بعد ذلك لأحدهما أو لهما ولا **إشكال** في ذلك إذا كان متنفلا عنهما فإن كان على أحدهما حج الفرض فإما أن يكون أوصى به أو لا فإن أوصى به فتبرع الوارث عنه بمال نفسه لا يسقط عن المورث وإن لم يوص فتبرع عنه بالإحجاج أو الحج بنفسه قال أبو حنيفة يجزيه إن شاء الله تعالى لقوله عليه الصلاة والسلام للخثعمية أرأيت لو كان على أبيك دين الحديث شبهه بدين العباد وفيه أنه لو قضى الوارث من غير وصية يجزيه

(١) ".

"وذلك بوقوع الثاني **جوابا** معتبرا محققا لغرض الكلام السابق ويسمع كل من العاقدين كلام صاحبه والكلامان هما الإيجاب والقبول فما قيل في تعريف الإيجاب إنه إصدار الصيغة الصالحة لإفادة ذلك العقد مع أنه صادق على القبول خلاف الواقع من العرف المشهور بل إن الإيجاب هو نفس الصيغة الصالحة لتلك الإفادة بقيد كونها أولا والقبول هي بقيد وقوعها ثانيا من أي جانب كان كل منهما فما ذكر في الدراية وغيرها من قوله لو قدم القبول على الإيجاب بأن قال تزوجت بنتك فقال زوجتكها ينعقد به صحيح في الحكم ممنوع كونه من تقديم القبول بل لا يتصور تقديمه لأن ما يقدم هو الإيجاب كما صرح به في النهاية هنا وصرح الكل به في البيع وكان الحامل على جعله لإصدار وصل قوله بلفظين بقوله بالإيجاب والقبول فأفاد آليتهما لهما فكانا خلافيهما والحق ما أعلمتك ووصلهما إبدال أو بيان يدفع به ما قد يتوهمه من لا يعرف معنى الإيجاب والقبول في العرف فيعمم المقيد فأبدل منه لتخرج الكتابة فلو كتبا الإيجاب والقبول لا ينعقد والمراد باللفظين ما هو أعم من الحقيقة والحكم فيدخل متولى الطرفين أو ما يخص الحقيقة وليس هذا بحد بل إخبارات منسوق بعضها على بعض لإفادة ما يتم به العقد فقال وينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي وينعقد بلفظين

(١) شرح فتح القدير، ٣/١٥٨

أحدهما مستقل لأنه توكيل والواحد يتولى طرفي النكاح فينعقد بكلام الواحد كما ينعقد بكلام الاثنين ولا **إشكال** في شيء من هذا وعرف من تعريف الإيجاب والقبول بأنهما اللفظان الصالحان لإفادة ذلك العقد عدم الاختصاص بالعربية وعدم لزوم ذكر لفظ النكاح والتزويج فعن هذا قلنا إذا قالت زوجتك نفسي فقال قبلت أو قال تزوجتك فقالت قبلت جاز ولا مفعول حتى لو كان القابل سفيرا ولا مفعول ولم يضفه إلى موكل نفذ عليه في التجنيس رجل خطب لابنه الصغير امرأة فلما اجتمعا للعقد قال أبو المرأة لأبي الزوج دادم بزنى ابن دخترابهزا ردرم فقال أبو الزوج بزير فتم يجوز النكاح على الأب وإن جرى بينهما مقدمات النكاح للابن هو المختار لأن الأب أضافه إلى نفسه وهذا أمر يجب أن يحتاط فيه بخلاف ما لو قال أبو الصغيرة زوجت بنتي من ابنك فقال أبو الإبن قبلت ولم يقل لابني يجوز النكاح للابن لإضافة المزوج النكاح إلى الإبن بيقين وقول القابل قبلت **جواب** له **والجواب** يتقيد بالأول فصار كما لو قال قبلت لابني ونظير الأول في البيع لو قال لآخر بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع بعت هذا بألف ولم يقل منك فقال الآخر اشتريت صح ولزم وكذا لو قالت المرأة بالفارسية خويشتن خريدم بعده وكآبين فقال الزوج فروختم صح ولزم وإن لم يقل منك قوله يعبر بهما عن الماضي مثل أنكحتك وزوجتك فيقول قبلت أو فعلت أو رضيت وفي الانعقاد بصرت لي وصرت لك خلاف وظاهر الخلاصة اختياره إذا اتصل به القبول ولو قالت عرستك نفسي فقبل ينعقد ثم بين أن الانعقاد به باعتبار أنه جعل إنشاء شرعا فصار هو علة لمعناه فيثبت المعنى عقيبه والمراد بقوله جعلت للإنشاء شرعا تقرير الشرع ما كان في اللغة وذلك لأن العقد قد كان ينشأ بها قبل الشرع فقرره الشرع وإنما اختيرت للإنشاء لأنها أدل على الوجود والتحقق حيث أفادت دخول المعنى في الوجود قبل الإخبار فأفيد بها

". (١)

"

ولذا لو طلق النبطي بالفارسية يقع ولو تكلم به العربي ولا يدريه لا يقع ولا مناقشة في هذا إنما الخلاف في أن ما يملك تبعا هل يكون محلا لإضافة الطلاق إليه على حقيقته دون صيرورته عبارة عن الكل فأما على مجازه في الكل لا **إشكال** أنه يقع يدا كان أو رجلا بعد كونه مستقيما لغة أو لغة قوم قوله واختلفوا في الظهر والبطن والأظهر أنه لا يصح لأنه لا يعبر بهما عن كل البدن وكذا لو قال ظهرك علي أو بطنك علي كظهر أمي أي لا يكون مظاهرا وقوله صلى الله عليه وسلم ؟ (٢)؟ الظهر مقحم فيه أما لو كان فيهما عرف في إرادة الكل بهما ينبغي أن يقع ولذا لا يقع بالإضافة إلى البضع وما في بعض النسخ لو قال بضعك طالق يقع قال شمس الأئمة الحلواني تصحيف إنما هو بعضك أو نصفك وفي الخلاصة استك طالق كفرجك طالق بخلاف الدبر قال شارح عندي فيه نظر لأن الاست بمعنى الدبر وليس بذاك لأن البضع بمعنى الفرج أيضا ويقع في الفرج دون البضع لجواز تعارف أحدهما في الكل دون الآخر والأوجه أن محل النظر كونه

(١) شرح فتح القدير، ١٩٠/٣

(٢) لا صدقة إلا عن ظهر غنى

كفرجك طالق لما ذكرنا أن المدار تعارف التعبير به عن الكل وكون الفرج عبر به عن الكل لا يلزم كون الأست كذلك وهذا لأن حقيقة الأمر أن يقال يقع بالإضافة إلى اسم جزء يعبر به عن الكل فإن نفس الجزء لا يتصور التعبير به هذا وقد يقال على المصنف إن كان المعتبر في كون اللفظ يعبر به عن الكل شهرته فيجب أن لا يقع بالإضافة إلى الفرج أو وقوع استعماله من بعض أهل اللسان فيجب أن لا يذكر الخلاف في اليد لما ثبت من استعمالها في الكل في القران والحديث على ما ذكرناه وأيضا ظاهر الكلام أن المضاف إلى الجزء الشائع والمعبر به عن الكل صريح إذا لم يشترط في الوقوع به النية والصراحة بغلبة الاستعمال ومعلوم انتفاء الطلاق كذلك قوله وان طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت تطليقة وكذا **الجواب** في كل جزء سماه كالثمن أو قال جزء من ألف جزء من تطليقة وقال نفاة القياس لا يقع به لأن بعض الشيء غيره والمشروع الطلاق لا غيره ولا يخفي أن المراد بغيره ما ليس إياه وإلا فالبعض عند المتكلمين ليس نفسا ولا غيرا **والجواب** أن الشرع ناظر إلى صون كلام العاقل وتصرفه ما أمكن ولذا اعتبر العفو عن بعض القصاص عفوا عنه فلما لم يكن للمذكور جزء كان كذكر كله تصحيحا كالعفو قوله ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لأن نصف التطليقتين تطليقة

".(١)

"واحد والإعتاق معنى مجازي للعتق من استعارة اسم الحكم للعلة وعلى هذا فإعماله في لفظ إياك على اعتبار إرادة الفعل به إعمال المستعار للمصدر أو على اعتبار إعمال اسم المصدر كأعجبني كلامك زيدا وأما على التجويز الآخر وهو أن يراد العتق الذي هو أثر فمشكل لأنه قاصر وإنما يعمل في المفعول المتعدي وجعل العامل العتق اسما للمصدر يرده إلى الوجه الأول لأنه يصير معبرا به عن الإعتاق فلم يكن التعليق إلا بالإعتاق فقط والوجه الثاني هو أن لا يكون كذلك بل عن العتق هذا معنى **الإشكال** المذكور في الكافي لحافظ الدين والعجب مما نقل في **جوابه** من قول من قال ليس بمشكل لأنه لما علق التطليق بالإعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل منه وأين هذا من صحة الإعمال وأيضا كان الوجه أن يقول المصنف بالإعتاق والعتق بالواو لا بأو وحاصل تقرير المسئلة أن مع قد تذكر للمتأخر تنزيلا له منزلة المقارن لتحقق وقوعه بعده ونفي الريب عنه كما في لآية ﴿ إن مع العسر يسرا ﴾ فصارت إن محتملة لذلك وان كانت حقيقتها خلافه فيصار إليه بموجب وقد تحقق وهو إناطة ثبوت حكم على ثبوت معنى مدخولها المعدوم حال التكلم وهو على خطر الوجود فإن الإناطة كذلك هو معنى التعليق ومعنى مدخولها المعدوم كائنا على خطر الوجود من حيث هو مناط بوجود حكم هو معنى الشرط فلزم كون الإعتاق أو العتق شرطا للتطليق فإن كان الإعتاق فيوجد تطليق الثنتين بعده مقارنا للمتأخر عن الإعتاق ويقع الطلاق المتأخر عن التطليق بعده فيصادفها حرة فيملك الزوج الرجعة وان كان العتق فأظهر هذا تقرير المصنف وقيل عليه المعلول مع العلة يقترنان كالكسر مع الانكسار في الخارج فالعتق مع الإعتاق والطلاق مع التطليق يقترنان بل الوجه أنه قرن الطلاق بالإعتاق فيكون مقرونا بالعتق وهو ضد الرق ووجود أحد الضدين مستلزم زوال الضد الآخر ولا ينبني زواله على وجود الآخر إذ لا يصح أن يقال وجد السكون فزالت الحركة أو وجد الحركة فزال السكون لأنه يستلزم اجتماع الضدين

(١) شرح فتح القدير، ١٦/٤

بل وجود أحدهما يقترن بزوال الآخر فيثبت زوال الرق مع العتق فيقع الطلاق عليها حال وجود العتق وهي حالة زوال الرق فلا توجب التطليقتان حرمة غليظة في الحرة فيملك الرجعة وهذا

". (١)

"

تعليقة بل على نفي تنجيزه فإن قيل لا معنى لحمله على التنجيز لأنه ظاهر يعرفه كل أحد فوجب حمله على التعليق **فالجواب** صار ظاهرا بعد اشتهار حكم الشرع فيه لا قبله فقد كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا و يعدون ذلك طلاقا إذا وجد النكاح فنفى النبي صلى الله عليه وسلم في الشرع في هذه الأحاديث و غيرها بقي لهم بعد ذلك أن يمنعوا كون المعلق ليس طلاقا ليخرج عن تناول النص بل هو طلاق تأخر عمله إلى وجود الشرط كالبيع بشرط الخيار و **الجواب** أن أهل العرف و اللغة لا يفهمون من الطلاق تعليقه و كذا الشرع لو حلف لا يطلق امرأته فعلق طلاقها لا يحنث إجماعا ومما يؤيد ذلك ما في موطإ مالك أن سعيد بن عمر بن سليم الزرقى سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته إن هو تزوجها فقال القاسم إن رجل جعل امرأته عليه كظهر أمه إن هو تزوجها فأمره عمر إن هو تزوجها أن لا يقربها حتى يكفر كفارة المظاهر فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهار بالملك و لم ينكر عليه أحد فكان إجماعا و الكل واحد و الخلاف فيه أيضا و كذا في الإيلاء إذا قال إن تزوجتك فو الله لا أقربك أربعة أشهر يصح فمتى تزوجها يصير موليا فإن قيل هذا التعليق إنشاء تصرف في محل في حال لا ولاية له عليه فيلغو كتعليق الصبي بأن قال إذا بلغت فزوجته طالق و تعليق البالغ طلاق الأجنبية بغير الملك قلنا لا بد أولا من بيان المراد بقولنا هو طلاق أو ليس به إذ لا شك في أنه لفظ الطلاق و المراد أنه ليس سببا في الحال لحكم الطلاق من العدة و غيرها تأخر عمله كالبيع بشرط الخيار وحينئذ نقول لا **إشكال** في أن كون الشيء سببا شرعا لثبوت حكم في محل لا يتصور بدون اتصاله بذلك المحل شرعا أعني أن يعتير الشرع أنه اتصل به سببا للحكم فيه لا مجرد الاتصال في اللفظ فإن سببيته ليست إلا بإيجابه الحكم في محل حلوله ملزوما للحكم فيحل حيث حل ولا ريب في أن الشرط يمنع من ذلك للقطع بأنه لم يعن أنت طالق الآن بل إذا كان كذا فأنت طالق إذ ذاك لا الآن فإذا كان ذاك يرتفع المانع وهو التعليق فحينئذ ينزل بالمحل سببا بخلاف البيع بشرط الخيار لأنه لم يعلق البيع على منتظر بل أثبته في الحال غير أنه جعل له خيار أن يفسخ إن لم يوافق غرضه رفقا به وهذا لا يمنعه من الوصول في الحال بل يحقق سببيته في الحال لو تأملت هذا التركيب و أما عدم اعتباره من الصبي فليس لعدم ولايته على المحل بل لعدم أهليته للتعليق كالتنجيز بخلاف البالغ فإن افتقاره في التصرف إلى المحل إنما هو عند قصد التنجيز فيه للحال وما نحن فيه التزام يمين يقصد بها بالذات البر أعني منع نفسه من تزوجها وهذا يقوم به وحده فيتضمن هذا منع كونه تصرفا في المحل في حال عدم ولايته عليه بل تصرف مقتصر عليه إلا أنه لما كان الحنث أحد الجائزين و بتقديره ينعقد كلامه سببا وهو يستدعي المحلية وهما معا يتوقفان على ملك النكاح لزم لصحة كلامه في الحال ظهور قيام ملكه عند انعقاده ثم رأينا الشرع صححه مكتفيا بظهور

(١) شرح فتح القدير، ٤/٤٤

قيامه عنده فيما إذا قال للمنكوحة إن دخلت الدار فأنت طالق فإن قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب فتصحيحه إياه مع تيقن قيامه أحرى وذلك في المتنازع فيه ٤ و هو تعليقه بالملك و بهذا حصل **الجواب** عن الأخير أعني تطليقه في الأجنبية بغير الملك ولهذا رأينا الشرع صحح قوله للأمة إذا ولدت ولدا فهو حر حتى يعتق ما تلده مع عدم قيام ملك عتق الولد قبل الولادة فظهر أن قيام المحلية للحكم ليس شرطا لصحة التعليق ولعمري إن جل هذه المقاصد اشتمل عليها عبارة المصنف بنهاية الإيجاز و طلاوة الألفاظ وقوله وقع عقيب النكاح يفيد أن الحكم يتأخر عنه و هو المختار لأن الطلاق المقارن

(١) ".

"

ومنهما إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق فلا حنث عليه **والجواب** أنه محمول على الاتصال بالعرف العملي لأن عرف جميع الناس وصل الاستثناء لا فصله لو لم يكن في لفظ الحديث ما يدل عليه فكيف ولفظه يدل عليه حيث قال بالفاء الدالة على الوصل والتعقيب بلا مهلة من حلف على يمين فقال إن شاء الله ثم يوجبه أيضا اللوازم المذكورة في الأصل من أنه يستلزم أن لا يحكم بوقوع طلاق ولا عتاق ولا إقرار بمال ولا مالا يحصى من اللوازم الباطلة وبذلك أخاف أبو حنيفة المنصور حين وشى به أعداؤه إليه بأنه يرد رأي جدك ابن عباس في جواز الاستثناء المنفصل فقال له ما معناه إن مخالفته فيها تحصين الخلافة عليك ومنع خروج المخالفين لك من الخروج عليك وإلا جاز لهم أن يستثنوا إذا خرجوا من عندك ومذهب الشافعي كمذهبنا في أنه إذا قال متصلا بقوله طالق أو حرة إن شاء الله لا يقع الطلاق والعتاق وقال مالك وأحمد في ظاهر الرواية عنه يتنجزان لأنه علقهما بشرط محقق لأنه لو لم يشإ الله كلامن طلاقها وعتاقها لم يمكنه التلفظ به ويوضحه أنه إذا أراد صدور اللفظ منه فقد شاء الله صدوره وإن أراد وجود الطلاق والعتاق فقد حكمت الشريعة أنه إذا صدر اللفظ وجب كل منهما وإن أراد ما يكون من المشيئة فيما بعد فمشيئته قديمة عند أهل السنة والجماعة فظنه أنها تتجدد محال والحجة لنا ما روينا وبينا من المعنى **والجواب** عن متمسكه أنه لم يعلقه بمحقق لأنه لا يمكن الاطلاع على ما في مشيئة الله تعالى ونختار أنه أراد تعليق وجود الطلاق والعتاق بمشيئة الله تعالى وقوله فقد حكمت الشريعة إلى آخره ليس على إطلاقه إذ التعليقات من نحو أنت طالق إن قدم زيد أو دخلت الدار وجد فيه لفظ الطلاق ولم تحكم الشريعة بوقوعه في الحال بالإجماع وما نحن فيه من هذا القبيل قوله فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط الخ إنما نوعه لما ذكرنا أنه على قوم محمد استثناء وعلى قول أبي يوسف تعليق على أحد وجهي النقل عنهما وقريب من الاستثناء لو قال إن دخلت فالله على أن أتصدق بمائة مثلا قال في النوازل هذا قريب من الاستثناء لأن من الأمثال ما ليس به حقيقة ولأن المثل تشبيه ولا يكون في التشبيه إيجاب المال قال وبه نأخذ إلا أن يريد الإيجاب على نفسه

(١) شرح فتح القدير، ١١٧/٤

فروع طلق أو خلع ثم ادعى الاستثناء أو الشرط ولا منازع لا **إشكال** في أن القول قوله وكذا إذا كذبته المرأة فيه ذكره في الحاوي للإمام محمود البخاري ولو شهد عليه بأنه طلق أو خالعها بغير الاستثناء أو قالا لم يستثن قبلت وهذه من المسائل التي تقبل فيها الشهادة على النفي فإن لم يشهدا على النفي بل قالا لم نسمع منه غير لفظة الطلاق والخلع والزوج يدعي الاستثناء ففي المحيط القول قوله وفي فوائد شمس الإسلام الأوزجندى لا يسمع دعوى الاستثناء إذا عرف الطلاق بالبينة بل إذا عرف بإقراره ومثله إذا قال لعبده أعتقتك أمس وقلت إن شاء الله لا يعتق وفي الفتاوى للنسفي لو ادعى الاستثناء وقالت بل طلقني فالقول لها ولا يصدق الزوج إلا ببينة بخلاف

". (١)

"

الرد إلى الحالة الأولى وهي كونها بحيث لا تحرم بعد مضي العدة فلا **إشكال** حينئذ أصلا قوله ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة إمساك على الوجه الذي كان أولا وهو الملك على وجه لا يزال بانقضاء العدة ولا ملك بعد العدة ليستدام وكأنه **جواب** عن مقدر تقديره كما وقع الإطلاق بالنسبة إلى رضاها وعدمه كذلك هو بالنسبة إلى قيام العدة وعدمها أجاب بأن اشتراط قيامها ضروري لما قلنا قوله وهذا صريح ألفاظ الرجعة صريح و كناية فالصريح راجعتك في حال خطابها وراجعت امرأتي في حال غيبتها و حضورها أيضا ومن الصريح ارتجعتك و رجعتك ورددتك و أمسكتك وفي المحيط مسكتك بمنزلة أمسكتك وهما لغتان فهذه يصير مراجعا بها بلا نية وفي بعض المواضع يشترط في رددتك ذكر الصلة فيقول إلي أو إلى نكاحى أو إلى عصمتي ولا يشترط في الارتجاع والمراجعة وهو حسن إذ مطلقة يستعمل لضد القبول والكنايات أنت عندي كما كنت وأنت امرأتي فلا يصير مراجعا إلا بالنية لأن حقيقته تصدق على إرادته بإعتبار الميراث واختلفوا في الإمساك والنكاح و التزوج فلو تزوجها في العدة لا يكون رجعة عند أبي حنيفة وعند محمد هو رجعة و عن أبي يوسف روايتان قال أبو جعفر وبقول محمد نأخذ وفي الينابيع عليه الفتوى وكذا في القنية وجه قول أبي حنيفة أن تزوج الزوجة ملغي فلا يعتبر ما في ضمنه قلنا نحن لا نعتبره باعتبار ما في ضمنه بل باعتبار لفظ التزوج مجازا في معنى الإمساك وفي الذخيرة لو قال راجعتك بمهر ألف درهم إن قبلت صح وإلا فلا لأنها زيادة في المهر فيشترط قبولها وفي المرغيناني و الحاوي قال راجعتك على ألف قال أبو بكر لا تجب الألف ولا تصير زيادة في المهر كما في الإقالة قوله ولا خلاف فيه بين الأئمة كأنه لم يعتبر أحد قولى مالك خلافا فإنه ذكر في الجواهر في حصول الرجعة براجعتك بلا نية قولان لمالك كما في نكاح الهازل قوله أو يقبلها أو يلمسها بشهوة يحتمل كون الشهوة قيدا في اللمس لا فيهما لأنه أفرد النظر إلى الفرج بقيد الشهوة فلو كان من غرضه التشريك في القيد لاقتصر على ذكره بعد الكل وفي المبسوط والذخيرة التقبيل بشهوة و النظر إلى داخل فرجها بشهوة رجعة ولم يقيد التقبيل في الكتاب وأما النظر إلى دبرها فليس برجعة على قياس قول أبي حنيفة وفي البدائع وهو قول محمد المرجوع إليه وفي بعض المواضع يكره التقبيل و اللمس بغير شهوة فدل أنهما لا يكونان رجعة وفي الخلاصة أجمعوا على أنه

(١) شرح فتح القدير، ٤/١٤٠

لو مكنها أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة تثبت الرجعة فقيد القبلة بالشهوة لكن قولهم في الاستدلال إن الفعل يصلح دليلا على الاستدامة والدلالة إنما تقوم بفعل يختص بالنكاح أي يختص حكمه به يفيد عدم

". (١)

"

الوجه الذي يستباح به لينتفي به قصر الصحة به على فرض واحد لا ينافي قولهم إنها ضرورية على ما سمعت فمن قال إنها مطلقة في موضع و قال في آخر إنها ضرورية لم يكن مناقضا أصلا وقول من ذكر في تقريره إنه لا يرفع بيقين حاصله أنه فوق بينه و بين الماء فإن الماء يرفعه بيقين وهذا يرفعه ظنا للخلاف في أن الحدث أمر حقيقي أو مجرد مانعية فعلى الأول لا يرفعه إلا الماء وحين قيل به صار محل اجتهاد غير أن الراجح هو الظن و الثاني لما قدمنا في باب التيمم من الحديث و المعنى وهو أنه لم يقدر أحد على إثبات أن الحدث وصف حقيقي قائم بالأعضاء زائد على نفس المانعية الشرعية وعلى هذا فلا **إشكال** في ارتفاعه بالتيمم وكون الحدث يظهر بعينه عند رؤية الماء لا يستلزم عدمه إذ قدمنا أن الحدث اعتبار شرعي فله أن يقطع ذلك الاعتبار إلى غاية ثم يعيده بعينه عند رؤية الماء والدليل الملجئ إلى هذا كون رؤية الماء لا يعقل وجه كونها نفسها حدثا ثم النظر في وجه تعيين كل منهم إحدى الجهتين بخصوص ذلك الموضع الذي عينه فيه فأما وجه تخصيص محمد فهو أنه رأى وجوب الاحتياط في الموضعين فالاحتياط في اقتداء المتوضئ بالمتيمم أن لا يصح ولا يعلل هذا إلا بجهة الضرورة فاعتبر لها فيقول لما كانت ضرورية حيث كانت تنتقض بوجود الماء ولا تثبت إلا مع عدمه كانت ضعيفة بالنسبة إلى طهارة الماء فيكون الاقتداء والحالة هذه بناء القوى على الضعيف وفي الرجعة الاحتياط في انقطاعها ولا يعلل إلا بجهة الإطلاق فاعتبرها هنا وهما لما عكسا الحكم في الموضعين لم يكن من عكس المبنى فيهما بد والباقي بعد هذا إنما هو النظر في الترجيح في الخلافين في الحكم وعندى أن قولهما في الاقتداء أحسن من قول محمد و قول محمد في الرجعة أحسن من قولهما لأن الضعف الكائن في طهارة التيمم لم يظهر قط له أثر في شيء من الأحكام عندنا فعلمنا أنه شيء له في نفسه فيجوز اقتداء المتوضئ به وتنقطع به الرجعة خصوصا والاحتياط في واجب ذلك هذا ولقائل أن يقول إن اشتراط الغسل بعد الانقطاع لتمام العادة قبل العشرة يرده الدليل وهو قوله تعالى ﴿ ثلاثة ﴾ قروء لخلوة عن اشتراطه فاشتراطه لانقضاء العدة يرده النص فإن أجيب بأن تعين الانقضاء منتف لفرض أنه ليس أكثر الحيض واحتمال عود الدم دفع بأن هذا الاعتبار الزائد لا يجدي قطع هذا الاحتمال لا في الواقع ولا شرعا لأنها لو اغتسلت ثم عاد الدم ولم يجاوز العشرة كان له الرجعة بعد أن قلنا انقطعت الرجعة فكان الحال موقوفا على عدم العود بعد الغسل كما هو كذلك قبله ولو راجعها بعد هذا الغسل الذي قلنا إنه به تنقطع الرجعة ثم عاودها ولم يجاوز العشرة صحت رجعته وكذا الكلام في التيمم فليس **جواب** المسئلة في الحقيقة إلا مقيدا هكذا إذا انقطع لأقل من عشرة ولم يعاودها أو عاودها و تجاوزها ظهر انقطاع الرجعة من وقت الانقطاع لإنقضاء العدة إذ ذاك حتى لو كانت تزوجت قبل الغسل ظهر صحته وإن عاودها ولم يتجاوز فالأحكام المذكورة

(١) شرح فتح القدير، ١٥٩/٤

بالعكس والله أعلم قوله والأحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية إذ حل دخول المسجد والقراءة من ضرورة حل الصلاة ومقتضاه

---

(١) ".

"أو خلعتك أو بارأتك أو طلقتك بألف أو على ألف يقع علي القبول في مجلسها وهو يمين من جهته فيصح تعليقه وإضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس و يتوقف على البلوغ إليها إذا كانت غائبة لأنه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها وإضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها أما تعليقه بالقبول فلأن الباء للمعاوضة وقدمنا أن في المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول وكذا على عندهما فلا **إشكال** وعنده هي للشرط فلا بدمن تقدير فعله فهو اما القبول أو الأداء ويتعين القبول بدلالة الحال وهو قصد المعاوضة فان قلت فلم لم تعتبر جهة المعاوضة في قولها طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة على قوله وكان يجب ثلثها **فالجواب** صلاحية هذا القدر لكونه قرينة معينة للشرط أنه القبول أو الأداء بعد لزوم إرادة أحدهما لا يستلزم لزوم جعله موجبا لأصل المال من غير أن يثبت لزومه بل قالوا ما هو أبلغ من هذا وهو لو قال أنت طالق على أن تعطيني ألفا تعلق بالقبول مصرح به في **جواب** الرواية من كتب محمد أما لو قال إذا أعطيتني أو إذا جئتني بألف فلا تطلق حتى تعطيه للتصريح بجعل الإعطاء شرطا بخلافه مع حتى إنه إذا كان على الزوج دين لها وقعت المقاصة في مثله في مسئلة على أن تعطيني دون إن أعطيتني إلا أن يرضى الزوج طلاقا مستقبلا بألف لها عليه وذلك لأنه يقال على أن تعطيني منك كذا ويراد قبوله في العرف قال تعالى ﴿ حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ﴾ أي حتى يقبلوا للإجماع على أن بقبولها ينتهي الحرب معهم هذا ثم في قوله إن أعطيتني يشترط الإعطاء في المجلس لوقوع الطلاق وفي قوله إذا أو متى أعطيتني لا حاجة إلى الإعطاء في المجلس وهذا يبين أن معنى المعاوضة ملاحظ وإن ذكر بصريح الشرط وسنذكر نحوه من مختصر الحاكم وأما الثاني وهو اشتراط مجلسها فلأنه معاوضة من جانبها حتى صح رجوعها إذا أبتدأ قبل قبول الزوج ولا يصح تعليقها ولا إضافتها والمبادلات تستدعي **جوابا** في المجلس فإذا لم تجب حتى قامت لم يعتبر قبولها إذا ذاك وفي جانبه هو يمين على ما سنذكره فرع قال لأجنبية أنت طالق على ألف إن تزوجتك فقبلت ثم تزوجها لا يعتبر القبول إلا بعد التزوج ولم يحك خلافا في جوامع الفقه وغيره جعل هذا قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف إذا قبلت عند قوله ثم تزوجها طلقت والحق قول أبي حنيفة لأنه خلع بعد التزوج فيشترط القبول بعده قوله ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف أو لعبده أنت حر وعليك ألف أو قالت هي أو العبد طلقني أو أعتقني ولك ألف ففي ابتدائه

---

(٢) ".

---

(١) شرح فتح القدير، ١٦٨/٤

(٢) شرح فتح القدير، ٢٢٨/٤

"لأن المال مذكور عرفا بذكر الخلع وفي رواية عن أبي حنيفة وهو قولهما لا يبرأ أحدهما عن صاحبه ولا يبرأ عن نفقة العدة ومئونة السكنى في قولهم جميعا إلا إذا شرطا في الخلع نقله في الخلاص وكذا ذكره السغدي أعنى ردها المهر وذكر في الوجيز فيما إذا قال اختلعي ولم يذكر البدل فقالت اختلعت عن خواهر زاده انه يقع طلاق بائن ولا يكون خلعا كأنه قال طلقى نفسك بائنا فقالت طلقت ثم استشكله على ما حكى عنه من ردها ما ساقه إليها من الصداق إذا كان مقبوضا إذ لم يجعل كأنه قال طلقتك بائنا فهذا مذكور في غير موضع ذكر في التجنيس إذا قال اختلعي فقالت اختلعت تطلق وفرق بينه وبين ما إذا قال اشترى نفسك مني فقالت اشتريت لا تطلق بأن قوله اختلعي أمر بالطلاق بلفظ الخلع والمرأة تملك الطلاق بأمر الزوج بخلاف اشترى نفسك لأنه أمر بالخلع الذي هو معاوضة إذا لم يكن البدل مقدرا فإن قدره بأن قال بمهرك ونفقة عدتك وقالت اشتريت صح على رواية وهو المختار يريد بالرواية الأخرى ما ذكر في غير موضع أنه إذا قال اشترى نفسك مني بكذا فقالت اشتريت لا يقع ما لم يقل الزوج بعت وكذا الروايتان فيما إذا قال اختلعي مني بكذا وذكر مالا مقدورا فقالت اختلعت في رواية كتاب الطلاق لا يصح ما لم يقل الزوج خلعت وفي رواية كتاب الوكالة يصح ويبرأ الزوج عن المهر وهو الأصح وأما **الجواب** عن **الإشكال** فبحمل سقوط المهر وجعله بدلا فيما إذا لم ينوبه كونه خلع بغير مال وحمل كونه طلاقا بائنا بلا مال على ما إذا نوى به كونه بلا مال وهذا لأن مطلق الخلع ينصرف إلى الفرقة بعوض فيحمل عليه إلا بموجب فإذا لم يسميا مالا انصرف إلى المهر إلا أن ينوي خلافه ويدل على هذا ما في المنتقى قال أبو يوسف إذا قال لها اختلعي نفسك فقلت قد خلعت نفسي لا يكون خلعا إلا على مال إلا أن ينوي بغير مال ولا فرق بين خلعتك وخالعتك فإذا قال خالعتك ينوي به الطلاق وقع ولا يبرأ الزوج عن المهر وعلى هذا فلا يلزم هذا الحكم إذا تصادقا على عدم النية ومما يوجب حمله على مجرد الطلاق التصريح بنفى المال كما إذا قال اختلعي مني بغير شيء فالخلع واقع بلا مال لأنه صرح بنفى المال نقله عن محمد الفضلى والطلاق بائن وعلى ما ذكرنا من أن حقيقته ما فيه المال لو قال لأجنبي اخلع امرأتي لم يملك خلعها بلا عوض ولم يجعل كقوله طلقها بائنا ولو قال اختلعي على مال او بما شئت ولم يقدره فقالت اختلعت على ألف لا يصح ما لم يقل الزوج خلعتك أو نحو أجزت فرق بين هذا وبين ما إذا قال الزوج اخلعي نفسك منى بألف والباقي بحاله حيث يتم والفرق أن التعويض في المسئلة الأولى لم يصح لأن البدل مجهول فلو صح صار الواحد مستزيدا مستنقصا وهذا مفقود في الثانية فلو لم يصح إنما لا يصح لمضادة الحقوق وحقوق الخلع لا ترجع إلى الوكيل إذا لقنها اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة بالعربية وهي لا تعلم معناه أو لقنها أبرأتك من نفقة العدة قيل يصح والأصح أنه لا يصح لأن التفويض كالتوكيل لا يتم الا بعلم الوكيل والإبراء عن نفقة العدة والمهر وإن كان إسقاطا لكنه إسقاط يحتمل الفسخ فصار شبه البيع والبيع وكل المعاوضات لا بد فيها من العلم وهذه صورة كثيرا ما تقع قال أبرئيني من كل حق يكون للنساء على الرجال فقالت أبرأتك من كل حق يكون للنساء على الرجال فقال في فوره طلقتك وهى مدخول بها يقع بائنا لأنه بعوض وإذا اختلعت بكل حق لها عليه فلها النفقة ما دامت في العدة لأنها لم تكن لها حقا حال الخلع فقد ظهر أن تسمية كل حق لها عليه وكل حق يكون للنساء صحيحة وينصرف

". (١)

"فيعم النساء كالعدة قلنا يجب ا لحداد عند موت الزوج حقا من حقوق الشرع ولهذا لو أمرها لزوج بتركه لا يجوز لها تركه فلا يخاطب هؤلاء به ولذا شرط الإيمان فيه حيث قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لإمرأة تؤمن بالله وباليوم الآخر الحديث قولهم كما تعم العدة عليهن قلنا العدة قد تقال على كف النفس عن الحرمات الخاصة وعلى نفس الحرمات وعلى مضي المدة على ما أسلفناه بتحقيقه والعدة اللازمة لهن بكل من المفهومين الآخرين على معنى أن عند البينونة بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن إلى إنقضاء مدة معينة فإذا باشره ولي الصغيرة والمجنونة قبلها لا يصح شرعا ولا خطاب للعباد فيه تكليفي بل هو من ربط المسببات بالأسباب بخلاف منعها عن اللبس والطيب فإنه فعلها الحسي محكوم بحرمته فلا بد فيه من خطاب التكليف بخلاف الأول فإنه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف فلو اكتحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبن لا يأثمن لعدم التكليف به نعم قد ثبت على الكافرة في العدة خطاب عدم التزويج لحق الزوج فإن في العدة بهذا المعنى جهتين

قوله وعلى الأمة الحداد يعني إذا كانت منكوحة في الوفاة والطلاق البائن وكذا المدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة لثبوت العلة الموجبة لأنها مخاطبة بحقوقه تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى وليس في الإحداد فوات حقه في الإستخدام بخلاف المنع من الخروج فإنه لو لزمها في العدة ثبت ذلك فقلنا لا تمنع من الخروج في عدتها كي لا يفوت حقه في إستخدامها وحق العبد مقدم على حق الشرع بإذنه لفناه قال تعالى ﴿ إلا ما اضطررتم إليه ﴾ فإن قيل لو وجب الحداد لعلة فوات نعمة النكاح لوجب بعد شراء المنكوحة **فالجواب** أنها لم تفت لقيام الحل والكفاية غاية الأمر أنه ثبت على وجه أحط من الحل الثابت بالعقد بإعتبار ثبوت النسب بلا دعوة في العقد بخلاف الملك ولا أثر لهذا القدر من الأحطية فإن نعمة النكاح ليس فواتها مؤثرا بإعتبار ذلك القدر من الخصوصية بل بإعتبار فوات ما فيها من أنها سبب لصونها وكفاية مئونتها وهذا القدر لم يفت فلا موجب للحداد وبهذا التقرير يندفع **إشكال** أنه لا ينوب الأدنى وهو هذا الحل عن الأعلى والتفصي عنه بإلتزام وجوب الحداد على الزوجة المشتراه إلا أنه لم يظهر لكونها حلالا حتى لو أعتقها ظهر فإنه دعوى بلا دليل عليها بل دليل نفيها أنه وجوب

". (٢)

"المال عوضا عنه وهو معنى المعاوضة وقد فرض صحة هذا التصرف لتحقيق هذا الغرض شرعا فلا بد من اعتباره معاوضة ولذا كان عوضا في الطلاق إذا قال إن أديت إلى ألفا فأنت طالق حتى وقع بائنا لكن لما لم يكن المال لازما على العبد تأخر هذا الأعتبار إلى وقت أدائه إياه ويلزم اعتباره مكاتبا لأن ما بالضرورة يتقدر بقدرها فيثبت ملكه لذلك قبيله

---

(١) شرح فتح القدير، ٢٤٣/٤

(٢) شرح فتح القدير، ٣٤١/٤

ويلزم قبوله على السيد وبه يندفع الإيراد القائل فيه كيف تصح المعاوضة وكل من البدل والمبدل للمولى لأن على ما ذكر يكون المال للعبد لا للمولى

وقد أجيب بأن هذه مغالطة لأن العتق حصل للعبد وهذا يتم إن أريد بالمبدل العتق أما إن أريد به الإعتاق الذى هو فعله فلا ولو حول تقرير الإشكال إلى أن المال ملك السيد فكيف يعتق بأدائه وإن أنزل مكاتبا كما أن المكاتب لا يعتق بأداء ما كان اكتسبه قبل الكتابة لم يقع هذا الجواب دافعا بخلاف ذلك الجواب فإنه يدفع الإشكال كيفما قرر

فأما ما قبل الأداء فالواجب اعتبار الشرط وإلا لتضرر السيد إذ يمتنع بيعه عليه ويصير العبد أحق بمكاسبه من سيده مع أنه لم يجب عليه أداء مال وتسرى الحرية إلى المولود للأمة المعلق عتقها بالأداء بخلاف ما لو كان عبدا لأن رق الولد وحريته تابعة لأمه

والحاصل أنه ثبت له جهتا التعليق والمعاوضة فوجب توفير مقتضى كل عليه وعلى هذا يدور الفقه أى على ترتيب مقتضى كل شبه عليه وتخرج المسائل المختلفة التى بعضها يقتضى اعتباره تعليقا وبعضها يقتضى اعتباره معاوضة إلا أنه لما تأخر اعتبار المعاوضة إلى وقت الأداء كانت أحكام الشرط أكثر من أحكام المعاوضة فلم يثبت من أحكامها إلا ما هو بعد الأداء وهو ما إذا وجد السيد بعض المؤدى زيوفا فإن له أن يرجع بقدره جيادا وما كان من

---

(١) ".

"المولى فشاء العبد عند موته فهو حر بوجود الشرط لا باعتبار التدبير

وكان الشيخ أبو بكر الرازى يقول الصحيح أنه لايعتق هنا الا بإعتاق من الورثة أو الوصى بمثل ما تقدم فى الباب المتقدم من أنه لما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثا فلا يعتق بعده إلا بإعتاق منهم ويكون هذا وصية يحتاج إلى تنفيذها كما لو قال أعتقوه بعد موتى إن شاء وهو نظير ما لو قال أنت حر بعد موتى بشهر فإنه لا يعتق إلا بإعتاق منهم بعد الشهر نص عليه ابن سماعة فى نوادره وكذا بيوم

وفى الإسبيجابى إذا لم يعتق إلا بإعتاق الوارث أو الوصى فللوارث أن يعتقه تنجيزا أو تعليقا والوصى لا يملكه إلا تنجيزا ولو أعتقه عن كفارته عتق عن الميت دون الكفارة والذى ينبغى أن يفصل فى التعليق فإن علقه بشرط من جهة نفسه ثم لم يفعله أو بمضى زمان طويل أو على فعل العبد وهو مما يتعذر عليه أو يتعسر لا يلزم العبد توقفه عليه بل إن شاء رفع إلى القاضى لينجز عتقه ثم فى ظاهر الجواب يعتبر وجود المشيئة من العبد فى مجلس موته أو علمه بموته كما يتقيد بهذا مشيئته في حياته بمجلس التفويض إليه إذا كان بهذا اللفظ

وعن أبي يوسف لا يتوقف به لأنه في معنى الوصية ولا يشترط في الوصية القبول فى المجلس

وفى الأصل لو قال بعد موتى بيوم لم يكن مدبرا وله أن يبيعه لأنه ما علقه بمطلق الموت بل بمضى يوم بعده فإن مات لم يعتق فى الوقت الذى سمى حتى يعتقه الورثة وهذا يؤيد ما ذكر أبو بكر الرازى ومن المشايخ من فرق بين هذه وبين

---

(١) شرح فتح القدير، ٨/٥

الأولى فقال إذا أخر العتق عن موته بزمان ممتد بيوم أو شهر وتقرر ملك الوارث فى ذلك الزمان عرفنا أن مراده الأمر بإعتاقه فلا يعتق ما لم يعتقوه وأما فى مسألة المشيئة فإنها تتصل بمشيئة العبد بموت المولى قبل تقرر الملك للوارث فيعتق بإعتاق المولى ولا تدعو حاجة إلى إعتاق الوارث وهذا إن تم **إشكال** على ما تقدم فى مسألة أنت حر بعد موتى بألف فإن زمن القبول كزمن المشيئة فإنه يجب أن يوصل بموت المولى أو بعلمه بموته

لا يقال ينبغى أن يجعل العبد فى هذه المسألة وتلك باقيا على حكم ملك الميت لحاجته إلى نفاذ إيجابه وثبوت اعتباره شؤعا وما قدمناه من أن القبول غير معلوم يدفع بإنه وإن كان كذلك لكنه متوقع

وعلى تقدير وجوده يلزم إخراجه عن ملكهم بعد الدخول واستصحاب الملك الأول أسهل من رفعه ثم إدخاله فى ملك شخص ثم إخراجه عنه فوجب أن يبقى لحاجته

ثم لا شك أن هذه المسألة أقرب لأن العتق هنا يقع مجانا فوجب عتقه من جهة المولى

لأنا نقول لو صح ذلك لزم فى أنت حر بعد موتى بيوم عدم توقفه بل أولى لأن مجيء اليوم بعده معلوم غير مشكوك وهى من مواضع النص على أنه لا يعتق إلا بإعتاقهم قوله ثم لا يجوز بيعه أى المدبر المطلق وهو الذى علق عتقه بمطلق موت المولى ولا هبته ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية بلا بدل أو بكتابة أو عتق على مال وما سواه من التصرفات التى لا تبطل حقه فى الحرية يجوز فيجوز استخدامه وإجارته وأخذ أجرته وتزويج المدبرة ووطؤها وأخذ مهرها وأرش جنايتها وعلله المصنف فيما يأتى بقوله لأن الملك فيه ثابت وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات وإنما لم يكن له أن يرهنه لفوات شرط عقد الرهن وهو ثبوت يد الأستيفاء من مالية المرهون بطريق البيع ولا مالية للمدبر كأم الولد وليس على المولى فى جنايات المدبر إلا قيمة واحدة لأنه مامنع إلا رقبة واحدة وأما ما استهلكه فدين فى رقبته يسعى فيه وعرف من هذا أن ليس للمولى دفعة بالجناية الموجبة

". (١)

"المقصد فيها لأنها تعقد للبر وأنه يضاد وقوعهما ووقوعهما هو المقصود فى التعليق الذى هو التدبير فلزم من كلامه أن التعليق منه ما ليس بيمين وهو التدبير بلفظ التعليق ومنه ما هو يمين فلا يمكن سببية المعلق قبل الشرط لما ذكرنا وأمكن فى التدبير إذ ليس فيه معنى اليمين فلزمت سببية فى الحال وإذا انعقدت سببية العتق فى الحال يتحقق ثبوت حق العتق له وهو ملحق بحقيقته فلا يقبل الفسخ ولا شك أنه يرد عليه النقض بما إذا قال إذا جاء غد فأنت حر فإنه لما علق بأمر كائن البتة لزم أن المراد ثبوت المعلق فيه لا منعه فلم يكن يمينا فانتفى مانع السببية فى الحال فينعقد فيه فيلزم أن لا يجوز بيعه قبل الغد وهو منتف وهذا **الإشكال** لا يندفع عن هذا الوجه بمنع كونه كائنا لا محالة لجواز قيام القيامة قبل الغد فإنما يستقيم إذا كان التعليق بمجيء الغد بعد وجود أشراط الساعة من خروج الدجال ونزول عيسى عليه السلام وغيرهما أما قبل ذلك فليس بصحيح

---

(١) شرح فتح القدير، ٥/٢٠

والجواب بأن الكلام فى فى الأغلب فيلحق الفرد النادر به اعتراف بالإيراد على أن كون التعليق بمثل مجيء الغد ورأس الشهر نادر غير صحيح

وأجيب أيضا بما هو حاصل الوجه الثانى وهو أن التعليق الذى هو التدبير وصية والوصية خلافة فى الحال كالوراثة

ويرد عليه أنه يجوز الرجوع عن الوصية وهذا وارد على عبارته إلا بعناية وهو أن المراد بقوله والوصية خلافة أى الوصية المذكورة وهى الوصية برقبته خلافة كالورثة حتى منعت من لحوق الرجوع عنها

ويفرق بين قوله إذا مت فأنت حر وأنت حر بعد موتى وبين قوله أعتقوه بعد موتى فإن الأول استخلاف موجب لثبوت حق الحرية فى الحال بخلاف أعتقوه

وأورد عليه أن هذا فرق بعين محل النزاع لأن حاصله أن الوصية بالعتق إذا كانت تدبيرا كانت خلافة تستدعى لزوم الموصى به وعدم جواز الرجوع عنه وإن كانت غيره كأعتقوا هذا العبد لا تكون كذلك وجاز بيعه وهذا عين المتنازع فيه فإن الخصم يقول الوصية بالعتق بهذه الصيغة وبالصيغة الأخرى سواء ولا مخلص إلا أن تبدى خصوصية فى تلك العبارة تقتضى ذلك وليس هنا إلا كون العبد خوطب به أو كون العتق علق صريحا بالموت أو أضيف وكون فى الشرع يقتضى ما ذكرتم من اللزوم وعدم جواز الرجوع ممنوع فالحق أن الأستدلال إنما هو بالسمع المتقدم بناء على عدم معارضة حديث جابر له لما قدمناه ثم المذكور بيان حكمة الشرع لذلك قوله فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا أول الباب ولأن التدبير وصية ونفاذها من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى فى ثلثيه للورثة ولو كان على المولى دين فى هذه الصورة يستغرق رقبة المدبر يسعى فى كل قيمته لأن الدين مقدم على الوراثة فكيف بالوصية ولا يمكن نقض العتق فيرد قيمته قوله وولد المدبرة مدبر فيعتق بموت سيد أمه

(١) ".

"لا مدلولا للفظ هذا وكون إرادة نوع ليس تخصيصا من العام مما يقبل المنع لأنه لا يخرج عن قصر عام على بعض متناولاته وأقرب الأمور إليك قوله لا تقتلوا النساء والصبيان تخصيص لاقتلوا المشركين والنساء نوع مندرج تحت المشركين ومعنى تخصيص النوع ليس إلا إخراج جميع أفراده كما نحن فيه تخصيص السفر تخصيص كل ما يصدق عليه اسم السفر فيستمر **الإشكال** فى يمين المساكنة والخروج وقد أنكر هذه من ذكرنا ولا يجاب بما ذكر فى الذخيرة **جوابا** عن إيراد قائل لو صحت نية الشراء لنفسه فمن حيث أنه بيان نوع لا بيان تخصيص كان يجب أن يصدق فى القضاء كما فى الخروج وكما فى قوله أنت بائن قلنا نية الشراء لنفسه بيان نوع من وجه وتخصيص عام من وجه فى حق الحقوق لأن الشراء لنفسه ولغيره سواء فى حق الحقوق فمن هذا الوجه هو شيء وله عموم فإذا نوى أحدهما كان تخصيصا ولكن فى حق الملك بيان نوع لأنهما مختلفان فى حق الملك فوفرنا على الشبهين حظهما فقلناه من حيث أنه بيان نوع يصح هذا البيان فيما بينه وبين الله تعالى وإن لم يكن الاسم ملفوظا ومن حيث أنه تخصيص لم يجز فى القضاء وهذا بخلاف قوله أنت بائن يصح نية أى أنواع

(١) شرح فتح القدير، ٥/٢٥

البينونة شاء من عصمة النكاح وغيرها لأن الأعم فى الإثبات لا يعم استغراقا بخلافه فى النفى لو قلت رأيت رجلا لا يعم أصناف الرجال استغراقا بخلاف ما رأيت رجلا قوله ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا أى يتناول بفمه من نفس النهر عند أبى حنيفة يعنى إذا لم تكن له نية أما إذا نوى بإناء حنث به إجماعا وقالا إن شرب منها كيفما شرب بإناء أو بيده أو كرعا حنث لا فرق بين ذلك وبين قوله من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب من مائها بإناء أو كرعا فى دجلة أو نهر آخر بأخذ من دجلة لأن نسبة الماء إليها ثابتة فى جمع هذه الصور وقولهما قول الشافعى وأحمد وجهه أنه هو المتعارف المفهوم من قولنا شربت من دجلة وهو وإن كان مجازا إما مجاز حذف أى من ماء دجلة أو مجاز علاقة بأن يعبر بدجلة عن مائها وهو أولى من مجاز الحذف لأكثريته بالنسبة إليه ولشهرة جرى النهر مقررين له بأن علاقته المجاورة ثم هو أشهر من أن يراد به

." (١)

"يمشى إلى البيت ولا يفعل نسكا إما ابتداء معصية وإما بأن يقصد مكانا فى الحل داخل المواقيت ليس غير فإذا وصل إليه صار حكمه حكم أهله وله بعد ذلك أن يدخل مكة والبيت الحرام وهذا لأن من الجائز أن يكون فى البيت ويوجب المشى إليه مرة أخرى فيلزمه إذا خرج أن يعود كما لو كان فى بيت فقال والله لأدخلن هذا البيت فإن عليه أن يخرج ثم يدخل مرة ثانية ولا باعتبار الحكم بذلك مجازا باعتبار أنه سبب الإحرام صونا له عن اللغو لأنه ليس لازما له الجواز أن يقصد بسيره مكانا داخل المواقيت ليس غيركما كما ذكرنا ولا بالنظر إلى الغالب وهو أن الذهاب إلى هناك يكون لقصد الإحرام لما عرف من إلغاء الألفاظ وهى ما إذا نذر الذهاب إلى مكة كأن قال على الذهاب أو لله على الذهاب إلى مكة أو السفر إليها أو الركوب إليها أو المسير أو المضى أنه لا يلزمه شىء مع إمكان أن يحكم بذلك فيها صونا عن اللغو بل لأنه تعورف إيجاب أحد النكسين به فصار فيه مجازا لغويا حقيقة عرفية مثل ما لو قال على حجة أو عمرة وإلا فالقياس كما ذكره المصنف أن لا يجب بهذا شىء لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة وهو المشى ولا مقصودة فى الأصل ولو قيل بل هى واجبة فإن المكى إذا قدر على المشى يلزمه الحج ماشيا أجيب بأن الشرط للزوم النذر على ما قدمناه بعد كونه من جنسه واجب أن يكون مقصودا لنفسه لا لغيره حتى لا يلزمه النذر بالوضوء لكل صلاة والمشى المذكور وكذا السعى إلى الجمعة كذلك لمن لا يملك مركبا ويقدر على المشى إلا أنه قد يعكر عليه الطواف فإنه واجب مقصود لنفسه لا شرط لغيره إلا أن يراد من جنس المشى إلى مكة وأورد أن الاعتكاف يلزم بالنذر وليس من جنسه واجب أجيب بأن من شرطه الصوم ومن جنسه واجب وتوجيهه أن إيجاب المشروط إيجاب الشرط ولا خفاء فى بعده فإن وجوب الصوم فرع وجوب الاعتكاف بالنذر والكلام الآن فى صحة وجوب المتبوع فكيف يستدل على لزومه بلزومه ولزوم الشرط فرع لزوم المشروط وإن استدل بالإجماع أو النص المتقدم فى حديث نذر عمر رضى الله عنه الاعتكاف فى الجاهلية فهم لا يقولون بهذا الحديث بل يصرفونه عن ظاهرة لأنهم والشافعى لا يصححون نذر الكافر ثم قد يقال تحقق الإجماع على لزوم الاعتكاف بالنذر يوجب إهدار

---

(١) شرح فتح القدير، ١٣٦/٥

اشتراط وجود واجب من جنسه وإذا تعارفوه للإيجاب صار كقوله على زيارة البيت ماشيا فإنه موجب لذلك ولو أراد ببيت الله بعض المساجد لم يلزمه شيء وكذا لا يلزمه بقوله على المشي إلى بيت المقدس أو مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم شيء وأورد أنه إذا كان كقوله على حجة أو عمرة ينبغي أن يلزمه المشي لأنه لو قال على الحج لا يلزمه **والجواب** أن الحق أن التقدير على حجة أو عمرة ماشيا لأن المشي لم يهدر اعتباره شرعا فإنه روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن أخت عقبة ابن عامر نذرت أن تمشي إلى البيت فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تركب وتهدى هديا رواه أبو داود وغيره وسنده حجة وما في صحيح مسلم أنه قال لتمش ولتركب فمحمول إما على ذكر بعض المروى وعلى هذا اقتصرنا في كتاب الحج يعني أن محل **الإشكال** جواز ركوبها ولو أهدت كما لو نذر الصوم بصفة التتابع ليس له أن يفرق ويتصدق بل لو فرق لزم استئنافه فاقتصر الراوى على ذلك ليفيد دفع ذلك وعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر أو محمول على حالة الجهد فإن في بعض طرقه وإنها لا تطيق ذلك ثم يعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر وقد ذكرنا بقيته هناك ذيلا طويلا وفروعا جمة وأن الراجح أنه يلزمه المشي من بيته

---

(١) ".

" فإن قيل ظاهر الآية الكريمة يوجب الوضوء على كل قائم إليها وإن لم يكن محدثا لما أن الأمر للوجوب قطعا والإجماع على خلافه **والجواب** على ما ذكره بعض المفسرين من أن الخطاب خاص بالمحدثين بقرينة دلالة الحال واشتراط الحدث في التيمم الذي هو بدله فاغسلوا وجوهكم الغسل هو الإسالة أي أمروا عليها الماء وأيديكم إلى المرافق الجمهور على دخول المرفقين في المغسول ولذلك قيل إلى بمعنى مع وواحدها مرفق بكسر الميم وفتح الفاء وامسحوا برءوسكم وأرجلكم إلى الكعبين لا **إشكال** على قراءة النصب عطفا على الوجه واليدين وأما على قراءة الجر عطفا على الرأس فللمجاورة والإتباع لفظا لا معنى وفائدة صورة الجر التنبيه على أن المتوضئ ينبغي أن يغسل الرجل غسلا خفيفا شبيها بالمسح لما أنها مظنة الإسراف

ففرض الوضوء الفاء للتعقيب والفرض لغة القطع والتقدير يقال فرض القاضي النفقة إذا قدرها واصطلاحا ما ثبت لزومه بدليل قطعي لا شبهة فيه وحكمه أن يستحق العقاب تاركه ويكفر جاحده والوضوء بالوضوء بالضم اسم مصدر سمي به الفعل المخصوص مشتق من الوضاءة وهي الحسن والنقاوة وبالفتح اسم لما يتوضأ به والإضافة بمعنى اللازم غسل الأعضاء الثلاثة مرة يعني الوجه واليدين والرجلين قيد الأعضاء بالثلاثة مع أنها خمس لأن اليدين والرجلين جعلا في الحكم بمنزلة عضوين كما في الدراية

ومسح الرأس مرة المسح الإصابة سواء كان الإصابة باليد أو بغيرها حتى لو أصاب رأسه من ماء المطر قدر المفروض أجزأه مسحه باليد

---

(١) شرح فتح القدير، ٥/١٨٣

". (١)

" والمسلمات في وسطه ويجعلن إزارهن مخالفة لإزار المسلمات

وتجعل على داره أي الذمي علامة كي لا يستغفر أي لئلا يدعو السائل بالرحمة والمغفرة له أي للذمي عند الإعطاء كما هو العادة ظاهرا ولا يبدأ بسلام لما فيه من الإكرام وأما رده فأداء الواجب ومكافأة إكرامه في الجملة لكن لا يزيد على قوله وعليكم ولا يقول عليكم السلام ويضيق عليه الطريق يعني إذا التقى المسلم والذمي في الطريق يجعله في الطرف الضيق ويؤدي الجزية قائما والآخذ منه قاعدا ويؤخذ منه بتلبيبه وجره وإظهار مذلته ويهز أي يحرك بعنف ويقال له أد الجزية يا ذمي أو يا عدو الله إذ لا إله له وإشعارا بأنها بدل دمه المستحق ولا يقال له يا كافر ولا ينقض عهده أي لا يخرج عن حكم الذمة بالإباء عن الجزية لأن ما يدفع عنه قتالنا التزام الجزية وقبولها لا أداؤها وهو باق فلا ينقض وعند الأئمة الثلاثة ينقض فيجب أن يقتل أو يسترق كما في أكثر المعتبرات وفي الدرر وفيه **إشكال** لأن معنى الامتناع عن الجزية التصريح بعدم أدائها كأنه يقول لا أعطي الجزية بعد هذا وظاهره أنه ينافي بقاء الالتزام اللهم إلا أن يراد بالالتزام والصواب بالامتناع تأخيرها والتعلل في أدائها ولا يخفى بعده انتهى لكن يمكن **الجواب** بأنه بالتزامه يكون دينا في ذمته كالكفالة بالمال فقوله بعده لا أعطي الجزية لا فائدة له فيلزم أن يحبس كسائر الديون تدبر أو بزناه بمسلمة وقتله مسلما فيقام الحد في الزناء ويستوفى القصاص منه في

". (٢)

" وإن شرط تركها أي الثمرة على الشجرة حتى تدرك فسد البيع لأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو لأنه صفقة في صفقة لأنه إجارة في البيع إن كانت للمنفعة حصة من الثمن أو إعارة في بيع إن لم تكن له حصة من الثمن كما في أكثر المعتبرات قال في البحر وتعقبهم في الغاية بأنكم قلتم أن كلا من الإجارة والإعارة غير صحيح فكيف يقال أنه صفقة في صفقة **وجوابه** أنه صفقة فاسدة في صفقة صحيحة ففسدتا جميعا انتهى هذا مسلم إن كانت الإجارة فاسدة وإن باطلة فلا لما سيأتي أن إجارة النخيل باطلة والباطل عبارة عن المعدوم المضمحل والمعدوم لا يصلح متضمنا فيلزم في هذه الصورة أن لا توجد صفقة في صفقة فلا يندفع **الإشكال** تأمل

ولو وصلية أي ولو كان بعد تناهي عظمها عند الشيخين وهو القياس لأن ما زاد وحدث من الترك في ملك البائع مضمون عند البيع وهو مجهول خلافا لمحمد فإنه قال يفسد في المتناهية استحسانا لأنه شرط متعارف وهو قول الأئمة الثلاثة

وفي البحر نقلا عن الأسرار الفتوى على قول محمد وبه أخذ الطحاوي

وفي المنتقى ضم إليه أبو يوسف

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ١/١٩

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٢/٤٨١

وفي التحفة والصحيح قولهما لأن التعامل لم يكن بشرط الترك وإنما كان بالإذن بالترك من غير شرط وكذا يفسد شراء الزرع بشرط الترك لما قررنا

وإن تركها أي الثمرة الغير المتناهية على الشجر بإذن البائع بلا اشتراط تركها حالة العقد طاب له أي للمشتري الزيادة الحاصلة في ذات الثمرة بالترك لأنه حصل بطريق مباح

وإن تركها أي الثمرة بغير

". (١)

" نحو إن غاب زيد المكفول عنه عن البلد فعلي ما عليه لأن غيبته سبب لتعذر الاستيفاء فهذه جملة الشروط التي يجوز تعليق الكفالة بها ثم الأصل فيه أن الجهالة في المال المكفول به لا تمنع صحة الكفالة كقوله ما غصبك فلان فعلي وجهالة المكفول له أو المكفول عنه تمنع حتى لو قال من غصبك من الناس أو بايعك أو قتلك فأنا كفيل لك عنه أو من غصبته أنت أو قتلته فأنا كفيل له عنك لا يجوز إلا إذا كانت الجهالة في المكفول عنه يسيرة مثل أن يقول كفلت لك بما لك على أحد هذين فحينئذ يجوز فالتعيين إلى صاحب الحق كما في التبيين

وإن علقها أي الكفالة بمجرد الشرط أي بالشرط المجرد عن الملاءمة كهبوب الريح ومجيء المطر بأن قال إن هبت الريح أو جاء المطر فما على فلان علي بطل الشرط

وكذا إن جعل أحدهما آجلا كما إذا قال كفلت بكذا إلى هبوب الريح أو مجيء المطر بطل التأجيل فتصح الكفالة ويجب المال على الكفيل حالا

وفي الهداية ولا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر وكذا إذا جعل واحدا منهما آجلا إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق

وفي التبيين وهذا سهو فإن الحكم فيه أن التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لأن الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم ذكره قاضي خان وغيره وأجاب بعض الفضلاء لكن لا يخلو عن التعسف بل إذا تأملت حق التأمل ظهر لك أن السؤال باق على حاله ولا يندفع إلا أن يقال يمكن **الجواب** بأن قوله إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا قيد لقوله وكذا إذا جعل واحدا منهما آجلا فقط فحاصله لا يصح التعليق بمجرد الشرط ولا تصح الكفالة أيضا وكذا التأجيل إذا جعل واحدا منهما آجلا فإنه تصح الكفالة ويجب المال حالا

لا يقال إنه منقوض بقوله لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لأنه أراد بالتعليق بالشرط التأجيل مجازا أي بأجل متعارف فلا يلزم المحذور ويندفع **الإشكال** تدبر

وللطالب مطالبة أي شاء من كفيله

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٢٧/٣

". (١)

" النصف في الحال بالتعجيل فصار حاملا طعاما مشتركا بينهما وبحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر إذ ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه وفي المنح **إشكال وجواب** إن شئت فارجع

وفي الهداية بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغا ما بلغ عند محمد لأن المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط

وعند أبي يوسف لا يجاوز بأجرة نصف ثمن ذلك لأنه رضي بنصف المسمى حيث اشترك هذا إذا احتطب أحدهما وجمع الآخر وأما إذا احتطبا جميعا فهما شريكان على السواء كما في النهاية والعناية

وفي التنوير إذا استأجره ليصيد له أو يحتطب فإن وقت جاز وإلا لا إلا إذا عين الحطب وهو ملكه

وإن استأجره ليخبز له اليوم قفيزا بدرهم فسد العقد عند الإمام لأن المعقود عليه مجهول ذكره فيه أمرين يحتمل كل منهما أن يكون معقودا عليه العمل والوقت فالعمل ينفع المستأجر لأنه لا يعطي الأجر إلى المؤجر إلا بعد تمام العمل والوقت ينفع الأجير لأنه يستحق الأجر بمضي المدة سواء عمل أو لم يعمل ولا رجحان في أحدهما فيؤدي إلى النزاع ولو كان المعقود عليه كليهما يلزم أن يعمل مستغرقا لهذا اليوم فذلك مما لا يقدر عليه أحد عادة خلافا لهما أي قالا هذه جائزة ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى إذا فرغ منه نصف النهار فله الأجر كاملا وإن لم يفرغه في اليوم وعليه أن يعمل في الغد لأن المعقود عليه هو العمل وذكر اليوم للتعجيل

ولو قال في اليوم أي بكلمة في صح اتفاقا لأن كلمة في للظرف لا لتقدير المدة فلا يقتضي الاستغراق فكان المعقود عليه هو العمل وهو المعلوم بخلاف ما إذا حذفت في فإنه يقتضي الاستغراق ولو استأجره ليخبز له كذا من الدقيق على أن يفرغ منه اليوم يجوز بالإجماع

وإن استأجر أرضا على أن يكربها من كرب الأرض إذا أصلحها بالمحراث من باب نصر ويزرعها أو استأجرها على أن يسقيها ويزرعها صح الاستئجار لكونه شرطا يقتضيه العقد لأن الزراعة لا تتأتى إلا بالكراب والسقي

و إن استأجرها على أن يثنيها إن كان المراد بالتثنية أن يرد الأرض مكروبة تفسد الإجارة لبقاء نفع الكراب بعد انقضاء المدة

". (٢)

" على المال وهو العبد عن دية اليد إذ القصاص لا يجري بين الحر والعبد في الأطراف وبالسراية ظهر أن دية اليد غير واجبة وأن الواجب هو القود فصار الصلح باطلا لأن الصلح لا بد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال فلم يوجد فبطل الصلح فوجب القصاص فالأولياء بالخيار إن شاءوا عفوا عنه وإن شاءوا قتلوه وكذا لو كان القاطع حرا فصالح المقطوع

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ١٨٣/٣

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٥٤٠/٣

يده على عبد ودفعه أي القاطع العبد إليه أي إلى المقطوع فإن أعتقه المقطوع ثم سرى القطع إلى القتل فمات فهو أي العبد صلح بها بالجناية

وإن لم يعتقه فسرى رد العبد إلى القاطع وأقيد أو عفا والوجه ما بين فاتحد الحكم والعلة

وفي الهداية وفي هذا الوضع يرد **إشكالا** فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب هناك وهنا قال يجب قيل ما ذكر هنا **جواب** القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهرا لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وإن بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فأما إذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا إذا لم يعتقه أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل

وإن جنى عبد مأذون مديون جناية خطأ فأعتقه أي سيده غير عالم بها أي بالجناية ضمن أي السيد لرب الدين الأقل من قيمته ومن دينه و ضمن لولي الجناية الأقل من قيمته أي العبد ومن أرشها أي الجناية لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للأولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحد على تقدير كونه مملوكا بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما السيد المعتق بالإتلاف وإن أعتقه بعد العلم فعليه قيمته لرب الدين وأرش الجناية لأولياء المجني عليه

ولو ولدت مأذونة مديونة يباع الولد معها أي مع أمه في دينها أي الأم المأذونة ولو جنت فولدت لا يدفع الولد

---

(١) ".

" سؤال ثان – للحاكم أن يأذن للصغير إذا امتنع الأب عن إعطائه الإذن كما هو مذكور في المادة الآتية ، فلا يلزم بناء على ذلك عدم وجود ترتيب بين الأولياء وأن لا تكون ولاية الحاكم متأخرة ؟ **الجواب** – إن الامتناع عن إعطاء الصغير إذنا مع وجود المنفعة في إعطائه الإذن مما يجعل الأب عاضلا ومانعا وعضل الأب ومنعه – أي : الامتناع عن إيصال المنفعة للصغير – ينقلان ولاية الأب في هذا الخصوص إلى القاضي (رد المحتار) . هذا **الجواب** غير حاسم لمادة **الإشكال** حيث ما كان الأب عاضلا ينبغي أن تنتقل الولاية إلى من بعده على الترتيب يعني : إلى الجد لا إلى القاضي إلا أن يقال إن إزالة العضل من باب الولاية العامة وهذا لا يمكن من الجد مثلا (الشارح) . وولي المعتوه أيضا على الترتيب المذكور . وعليه فالمعتوه أيضا يعطي الإذن من أبيه أو وصيه أو جده وليس من أقاربه كعمه ، وكما أن هؤلاء أولياء المعتوه إذا بلغ وهو معتوه ؛ فهم أولياؤه إذا بلغ عاقلا ثم أصابه العته وليست الولاية على من يبلغ عاقلا فيصيبه العته عائدة إلى القاضي استحسانا (رد المحتار) أما الأم ووصي الأم والأخ والعم وسائر الأقرباء (بكسر الراء على وزن الأنصباء والأولياء) فإذا لم يكونوا أوصياء فلا يجوز لهم إعطاء الإذن ؛ لأن هؤلاء كما أنهم ليسوا مقتدرين على التصرف بطريق التجارة بمال الصغير ؛ فليس لهم إعطاء حق الإذن بالتجارة . كذلك ليس للولد أن يتصرف بمال والده المجنون (رد المحتار) . كذلك لو أذن وصي الأم

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ٤/٣٨٥

الصغير بالتجارة في حق الأموال التي بقيت له عن أمه ميراثا ؛ فليس بصحيح (جامع أحكام الصغار) . كذلك ليس لوصي الأم حق التصرف في تركة الأم إذا كان الأب أو وصيه أو الجد أو وصيه فإذا لم يوجد أحد هؤلاء الأولياء فلوصي الأم أن يحفظ تركة الأم وأن يبيع المنقول بطريق التحصين والحفظ لا بطريق التجارة وليس له أن يبيع العقار كما أنه ليس له أن يشتري للصغير أموالا لأجل التجارة . كذلك ليس لوصي الأم التصرف في الأموال التي تبقى للصغير عند أمه بغير الإرث سواء أكانت تلك الأموال عقارا أم منقولا (رد المحتار أبو السعود المصري ، الكفاية قبل الغصب) . كما أن الأولياء في باب الإذن والحجر هم هؤلاء الأشخاص فالأولياء الذين لهم حق التصرف في مال الصغير هم هؤلاء أيضا ، فحق التصرف في مال الصغير هو أولا : للأب ، ثانيا : للوصي الذي نصبه حال حياته ، ثالثا : للوصي الذي نصبه هذا الوصي واختاره ، رابعا : للجد الصحيح ، خامسا : للوصي الذي اختاره الجد ، سادسا : للوصي الذي اختاره هذا الوصي ، سابعا : للحاكم ، ثامنا : للوصي الذي نصبه الحاكم . إلا أنه ليس للأب السفيه حق التصرف في مال الصغير وعليه فللأشخاص الذين يثبت لهم حق التصرف في مال الصغير أن يؤجروا منقول الصبي أو عقاره من آخر ببدل المثل أو مع الغبن اليسير . ولهم أن يشتروا للصبي مالا أما إذا اشتروه مع الغبن الفاحش فلا ينفذ الشراء في حق الصبي ويكون ما اشتراه لهم وثمنه عليهم حتى إنه لو أجاز الصبي بعد البلوغ شراء كهذا مع الغبن الفاحش فلا تجوز إجازته (رد المحتار) . وقد ذكرت التفصيلات في شرح كتاب البيوع . إعطاء الوالي إذنا للصغير : إن إعطاء الوالي الذي لم يفوض إليه القضاء الإذن للصغير غير صحيح والولاة الذين في زماننا هم من هذا القبيل ، أما إعطاء الوالي الذي فوض إليه القضاء الإذن للصغير فهو جائز

---

(١) ".

" يصح البيع على مذهب الإمام محمد (عبد الحليم وصرة الفتاوى) لكن الأظهر ترك عبارة كما في السابق ؛ لأن المنع السابق على الأصلي ، أما المنع بعد البلوغ فهو مبني على حجر الحاكم . وأما مذهب الإمام الأعظم فهو إذا بلغ الصبي سفيها فلا يعطى إليه ماله ما لم يبلغ سن الخامسة والعشرين . وعدم الإعطاء هذا ليس بحجر (لأن الإمام لا يجوز الحجر) وإنما هو للتأديب ، وعليه فتصرفات السفيه بعد البلوغ وقبل الحجر صحيحة (التنقيح ورد المحتار) سؤال (١) – بما أن السفيه ممنوع من قبض الأموال التي هي في يد الوصي بمقتضى هذه المادة فيلزم عند الإمام أن لا يكون تصرفه صحيحا ؟ **الجواب** – إن المنع عن القبض لا يستلزم امتناع التصرف ، ألا ترى أن المشتري يستطيع أن يبيع المبيع من آخر إذا كان عقارا مع أنه ممنوع من قبضه قبل أداء الثمن . انظر المادة (٢٥٣) (الجوهرة بتغيير) وعليه فيصح تصرف غير الرشيد بعد البلوغ وقبل الخامسة والعشرين بيعا وشراء . حتى إنه لو باع من ماله شيئا كان البيع صحيحا ويأمر القاضي الوصي بتسليم ذلك المال للمشتري . وإذا اشترى مالا جاز ، ويأمر الحاكم الوصي بدفع ثمنه (أبو السعود) . ٣ سؤال (٢) – لما كانت تصرفاته الواقعة صحيحة عند الإمام ، لعدم جواز حجره ، فليس من فائدة في عدم تسليم ماله ؟ **الجواب**

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٦٢٥/٢

- لما كان أغلب تصرفات السفيه هي الهبات والصدقات ، وكان تمام ذلك يتوقف على القبض ، فإذا كان المال ليس في يد السفيه ولا يستطيع تسليمه فبذلك تصبح هباته وصدقاته بلا حكم ، وفيه أن هذا **الجواب** غير حاسم لمادة **الإشكال** ، فإن تصرف السفيه إذا كان صحيحا يبيع ما في يد الوصي بثمن ثم يبرئ المشتري أو يبيع بثمن قليل فيتلف ماله فلا يجدي هذا المنع نفعا (الشارح) ويجب عند الإمام إعطاؤه ماله بعد ذلك ولو لم يصر رشيدا ؛ لأن منعه من ماله هو للتأديب فإذا لم يتأدب بعد وصول سن الجدود فلا يبقى أمل في تأديبه (رد المحتار والكفاية شرح الهداية) فإذا وصل المرء سن من يصير جدا أو جدة ولم يتأدب يقطع الأمل من تأديبه (رد المحتار ، الكفاية شرح الهداية) ألا ترى أنه قد يصير جدا في هذه السن وولده قاضيا ، وفيه حجر الولد والده مع كونه حرا بالغا فيؤدي إلى أمر قبيح (الجوهرة) . أما عند الإمامين فلا تعطى إليه أمواله ما لم يتحقق رشده ولو تجاوز الخامسة والعشرين وأصبح شيخا في الثمانين كما أن تصرفه في أمواله قبل الرشد ليس بجائز ما لم يجزه الحاكم (الهندية رد المحتار) . على أنه وإن كان يفهم من ظاهر المتون الفقهية أنها ترجح قول الإمام الأعظم إلا أنه يفهم من قول المجلة (إذا لم يتحقق رشده) أنها اختارت قول الإمامين (التنقيح) وتظهر ثمرة الخلاف في مسألتين : المسألة الأولى : في الشخص الذي بلغ غير رشيد إذا بلغ السنة الخامسة والعشرين غير رشيد فسلمه الوصي ماله فلا يلزم الوصي عند الإمام ضمان . وإذا لم يسلمه إياه بعد الطلب وتلف في يده لزم الضمان . أما عند الإمامين المشار إليه ما فيلزم الوصي الضمان في صورة التسليم وعدم الضمان عند عدم التسليم ، وبما أن المجلة قد اختارت قول الإمامين فيجب الضمان على الوصي في حالة التسليم (أبو السعود) . المسألة الثانية : أن تصرفات من يبلغ غير رشيد ولم يصل سن الخامسة والعشرين صحيحة عند الإمام وغير

(١) ".

" وليتمكن من عرض الحكم المذكور على الفقهاء ليعلم إذا كان الحكم موافقا لأحكام الشرع وأصول المحاكمة أو لم يكن موافقا (الدر المختار) وليتمكن من استئناف أو تمييز الحكم إذا رغب في ذلك . الأسباب الموجبة ؛ هي المسألة الشرعية التي بنى عليها الحكم والشهادة أو الإقرار أو اليمين أو النكول عن اليمين المبتنى عليه الحكم الواقع . أما ذكر أسماء الشهود وألفاظ الشهادة في الإعلام فقد قال الفقهاء أنه إذا بنى الحكم على الشهادة فلا يلزم ذكر أسماء الشهود في الإعلام وصور شهادتهم بل يكفي أن يقال قد ثبت بشهادة الشهود العدول المقبولي الشهادة والمزكين سرا وعلنا ، أما إذا ثبتت الدعوى بطريق الشهادة على الشهادة فيجب أن يذكر في الإعلام الشهود الأصول . وقد سئل أبو السعود السؤال الآتي (هل يكفي أن يكتب أن الشهود قد شهدوا طبق دعوى المدعي ؟) فأجاب (أنه يكفي في كتاب الشهادات الإجمال إذا كان القاضي من أشراف العلماء وألا يقتضى التفصيل) وبما أنه يقبل في هذا الزمن الشهادات بداعي أنها موافقة للدعوى مع أنها لم تكن موافقة فلذلك يجب كتابة صورة الشهادة في الإعلام صورة تنظيم الإعلام : يلزم القاضي حين تنظيم الإعلام أن يدقق محضر الدعوى مرة بعد أخرى ويطبق ذلك حتى لا يحصل خلل في الإعلام بأن يكون مخالفا للمحضر الولواجية

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٦٣١/٢

في آداب القاضي ' . وبعد أن يذكر في الإعلام صورة دعوى المدعي وتاريخ ومضمون السندات التي أبرزها لإثبات مدعاه والأسباب الثبوتية التي بينها وصورة إنكار المدعى عليه أو كيفية دفعه والأدلة التي قدمها لإثبات دفعه ثم يبين كيفية الحكم والإلزام . يعني يجب أن يحتوي الإعلام على الأمور الآتية : ١ - دعوى المدعي . إذا سرد المدعي مدعياته في جلسات عديدة يدقق القاضي في جميعها ويطوي (أولا) المكررة منها فإنه لا فائدة في ذكر المكرر بل إنه يوجب الصعوبة والتشويش حين تدقيق الإعلام استئنافيا أو تمييزا ' ثانيا ، يخرج الإفادات الغير اللازمة في الدعوى لأن ذكر إفادات غير مفيدة في الدعوى اشتغال بالعبث ويوجب ذلك **الإشكال** عند تدقيق الإعلام استئنافا أو تمييزا ' ثالثا ' يكتب إفادات المدعي التي بينها في الجلسات العديدة في محل واحد . **جواب** المدعى عليه : إذا أجاب المدعى عليه أجوبة في جلسات عديدة فيدقق القاضي جميعها ويطوي أولا المكرر منها ؛ ثانيا . يخرج الأجوبة التي لا تتعلق بحل الدعوى ثالثا ، يكتب أجوبة المدعى عليه المتعلقة بالدعوى التي أجابها في جلسات عديدة في مكان واحد . ٣ - أسباب ثبوت الدعوى . فإذا كانت الأسباب المذكورة الإقرار فيجب كتابته عينا لأنه يحتمل أن يظن القاضي كلاما لا

(١) ".

"وجعلنا هذا بمنزلة ما لو مر بؤاجل لا يقدر على المشى فحمله على فرسه أميالا، حتى دخلوا دار الحرب، ثم أنزله وأخذ فرسه، فلا **إشكال** في هذا الفصل أنه يكون هو فارسا.

فكذلك فيما يكون في معناه.

١٧١٨ ولو كان آجره ليركبه ولا يقاتل عليه، أو يقاتل، والمسألة بحالها فصاحب الفرس راجل في جميع الغنائم.

لانا قد بينا فيما إذا كان حضر يريد الدخول للقتال ثم أجر فرسه حتى أدخله المستأجر دار الحرب، أن صاحب الفرس يكون راجلا في جميع الغنائم.

فهاهنا أولى، لانه مابدا له قصد الغزو إلا والفرس في يد المستأجر بحق مستحق.

١٧١٩ - وأما المستأجر فإن استأجره للركوب فكذلك **الجواب**.

وإن كان استأجره للقتال عليه فهو فارس فيما يصاب قبل انقضاء مدة الاجارة، راجل فيما يصاب بعد ذلك.

لان الفرس أخذ منه بحق مستحق.

١٧٢٠ - إلا أن يكون منع الفرس من صاحبه بعد انقضاء المدة أو جحده إياه فحينئذ هو فارس في جميع الغنائم، وكذلك المستعير.

لانهما دخلا فارسين، فكانا فارسين حتى يؤخذ الفرس منهما بحق.

وهذا لانهما صارا غاصبين بالمنع.

وقد بينا أن ابتداء سبب الاستحقاق ينعقد له بالفرس المغصوب إذا قاتل عليه، فلان يبقى له ما كان منعقدا من السبب

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٦٠٨/٤

بالفرس المغصوب كان أولى، فإن حالة البقاء أسهل من حالة الابتداء.

١٧٢١ – ولو أن رجلا آجر فرسا يغزو عليه على أن يكون سهم الفرس لصاحب الفرس، إجارة فاسدة.." (١)

"قال (وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده) ما يعيش في الماء : يعني ما يكون مولده ومثواه فيه إذا مات في الماء لا يفسده كالسمك والضفدع والسرطان .

قيل إنما قال في المسألة الأولى لا ينجسه وفي هذه لا يفسده ؛ لأن الموت في المسألة الأولى في غير معدنه فيتوهم التنجيس فيناسب نفيه ، وفي الثانية في معدنه فلا يتوهم تنجيسه بواسطة الضرورة ، لكن احتمل تغير صفة الماء فنفاه بقوله لا يفسده (وقال الشافعي : يفسده إلا السمك لما مر) يعني من قوله ؛ لأن التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة .

قيل في هذا التعليل **إشكال** ، وهو أن الضفدع والسرطان يجوز أكلهما عند الشافعي على ما روي عنه في كتاب الذبائح على ما سيأتي .

والجواب أنه المذكور في كتاب الذبائح عن الشافعي أنه أطلق ذلك كله فيجوز أن تكون هذه رواية أخرى عنه فيكون الإلزام عليها (ولنا أنه مات في معدنه) وهو ظاهر ، وكل ما مات في معدنه كان نجسا في معدنه ، وكل ما كان نجسا في معدنه لا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال مجها دما : أي تغيرت صفرتها دما ، حتى لو صلى وفي كمه تلك البيضة تجوز الصلاة معها ؛ لأن النجاسة في معدنها بخلاف ما إذا صلى وفي كمه قارورة فيها دم لا تجوز صلاته ؛ لأن النجاسة ليست في معدنها .

قيل هذا التعليل يقتضي ألا يعطى للوحوش والطيور حكم النجاسة إذا ماتت في البر ؛ لأنه معدنها ، والذي يظهر من كلامهم أنهم يعنون بالمعدن ما يكون محيطا فإنهم يمثلون بالدم في العروق والمخ في البيضة." (٢)

"السؤر كذلك .

وقوله : (وهو الأصح) أي القول بأن الشك في طهوريته أصح .

وقوله : (نص محمد على طهارته) هو ما روي عن محمد رحمه الله أنه قال : أربع لو غمس فيها الثوب لم ينجس ، وهي سؤر الحمار ، والماء المستعمل ، ولبن الأتان وبول ما يؤكل لحمه .

وقوله : (وسبب الشك تعارض الأدلة) اختلف المشايخ في سبب الشك في سؤره ، فمنهم من قال هو تعارض الأدلة (في إباحته وحرمته) فإنه روي ﴿ أن غالب بن أبجر سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : لم يبق لي قال إلا حميرات ، فقال عليه الصلاة والسلام : كل من سمين مالك ﴾ وروي ﴿ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر ﴾ .

قال شيخ الإسلام : هذا لا يقوى ؛ لأن لحمه حرام بلا **إشكال** ؛ لأنه اجتمع فيه المحرم والمبيح فغلب المحرم على المبيح . كما لو أخبر عدل بأن هذا اللحم ذبيحة مجوسي وآخر أنه ذبيحة مسلم : فإنه لا يحل أكله لغلبة الحرمة فكان لحمه حراما

---

(١) السير الكبير، ٩٤٣/٣

(٢) العناية شرح الهداية، ١١٣/١

بلا إشكال ولعابه متولد منه فيكون نجسا بلا إشكال ، وفيه نظر ؛ لأنه يستلزم نجاسة لبنه ، وقد تقدم من قول المصنف أنه طاهر والجواب بالالتزام فإنه في ظاهر الرواية نجس كما تقدم .

ومنهم من قال اختلف الصحابة في طهارته ، فإنه روي عن ابن عمر أنه كان يكره التوضؤ بسؤر الحمار والبغل ، وروي عن ابن عباس أنه قال : لا بأس بالتوضؤ به ولم يترجح أحد القولين على الآخر فأوجب شكا .

قال شيخ الإسلام : ولكن هذا لا يقوى ؛ لأن." (١)

"(قوله ولا يسرح شعر الميت) تسريح الشعر تخليص بعضه عن بعض ، وقيل تخليله بالمشط ، وقيل مشطه .

وقوله (ولا يقص ظفره) روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن الظفر إذا كان منكسرا فلا بأس بأخذه .

وقوله (علام) أصله " على ما " دخل حرف الجر على ما الاستفهامية فأسقط ألفها كما في قوله تعالى ﴿ عم يتساءلون ﴾ ويقال نصوت الرجل نصوا أخذت ناصيته ومددتها .

روي أن عائشة رضي الله عنها سئلت عن تسريح شعر الميت فقالت : علام تنصون ميتكم ؟ كأنها كرهت تسريح رأس الميت فجعلته بمنزلة الأخذ بالناصية في كونه غير محتاج إليه .

قال : وفي النهاية : قوله في الحي كان تنظيفا جواب إشكال : أي لا يشكل علينا الحي حيث يسرح شعره ويقص ظفره لأنه محتاج إلى الزينة فلا يعتبر في حقه زوال الجزء ، بخلاف الميت فإنه لا يسن فيه إزالة الجزء كما في الختان حيث يفرق بين الحي والميت فيه .

بأن يختن الحي ولا يختن الميت بالاتفاق ، فكذا في كل زينة تتضمن إبانة الجزء يجب أن يفرق بينهما ، ولم أجد له ربطا بكلام المصنف أصلا ولكني أقول قوله (ولأن هذه الأشياء للزينة) أي لزينة الميت (وقد استغنى الميت عنها) أي عن الزينة فاستغنى عن هذه الأشياء .

فإن قيل : لا نسلم أن هذه الأشياء لزينة الميت فإنها تفعل بالحي أيضا .

أجاب بقوله (وفي الحي كان تنظيفا) يعني ما كانت تعمل بالحي من حيث إنها زينة بل من حيث إنها تنظيف (لاجتماع الوسخ تحته) وذكر الضمير في تحته." (٢)

"ذوا عدل منكم هديا ﴾ الآية) ووجه ذلك أنه (ذكر الهدي منصوبا تفسيرا لقوله ﴿ يحكم به ﴾ ، فإن ضمير به مبهم ففسره بقوله : هديا فكان نصبا على التفسير .

وقيل أي : التمييز فثبت أن المثل إنما يصير هديا باختيارهما وحكمهما ، (أو مفعول لحكم الحكم) أي : على أن يكون بدلا من الضمير محمولا على محله كما في قوله تعالى ﴿ : قل إنني هداني ربي إلى صراط مستقيم دينا قيما ﴾ وفي ذلك تنصيص على أن التعيين إلى الحكمين ، ثم لما ثبت ذلك في الهدي ثبت في الطعام والصيام لعدم القائل وبالفصل ؛ ولأنه عطفهما عليه (بكلمة أو) وهي للتخيير ، (فيكون الخيار إليهما) .

---

(١) العناية شرح الهداية، ١/١٧٢

(٢) العناية شرح الهداية، ٢/٤٧٥

وفي توجيه هذا الكلام **إشكال** ؛ لأن ذكر الطعام والصيام بكلمة أو لا يفيد المطلوب إلا إذا كان كفارة منصوبا على ما هو قراءة عيسى بن عمر النحوي وهي شاذة ، والشافعي لا يرى الاستدلال بالقراءة الشاذة لا من حيث إنه كتاب ولا من حيث إنه خبر كما عرف في الأصول .

وقوله : (قلنا) **جواب** عن استدلالهما ، وتقريره أن الدليل إنما يصح أن لو كان كفارة معطوفة على هديا ، وليس كذلك لاختلاف إعرابهما ، وإنما هي معطوفة على قوله : فجزاء بدليل أنه مرفوع ، (وكذلك قوله تعالى ﴿ : أو عدل ذلك صياما ﴾ مرفوع فلم يكن في الآية دلالة اختيار الحكمين) في الطعام والصيام ، وإذا لم يثبت الخيار فيهما للحكمين لم يثبت في الهدي لعدم القائل بالفصل ، (وإنما يرجع إليهما في تقويم المتلف) لا غير ، (ثم الاختيار بعد ذلك إلى من عليه) رفقا له ،)."(١)

"(وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها طلقت تطليقة واحدة) لأنه ذكر بعض ما لا يتجزأ وهو الطلاق ، إذ نصف التطليق أو ثلثه غير مشروع ، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل كالعفو عن بعض القصاص صيانة للكلام عن الإلغاء وتغليبا للمحرم على المبيح وإعمالا للدليل بقدر الإمكان ؛ لأنه إذا أقام الدليل على البعض وهو مما لا يتجزأ أوجب إكماله وإلا لزم إبطال الدليل (وكذا **الجواب** في كل جزء سماه) والنصف كالربع والثمن والسدس وغيرها (لما بينا) أنه لا يتجزأ (ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لأن نصف تطليقتين تطليقة) فثلاثة أنصاف تطليقتين يكون ثلاث تطليقات ضرورة ، وهذه المسألة من خواص مسائل الجامع الصغير .

قال فخر الإسلام : إنما أورد : يعني محمدا هذه المسألة **لإشكال** وهو أن كل عدد نصفته لا يكون إلا نصفين ، فالقول بالثلاثة في ذلك يجب أن يلغو .

والجواب أنه أراد بهذه التسمية الطلاق يعني أراد ثلاث طلقات واستعمل في ذلك ثلاثة أنصاف تطليقتين باعتبار ما ذكرنا أن نصف تطليقتين إذا كان تطليقة فثلاثة أنصافهما تكون ثلاث تطليقات .

ومن الناس من قال لا يقع شيء لأنه مهمل لا معنى له .

ومنهم من يقول يقع واحدة لأن ذكر العدد كان لغوا فبقي قوله أنت طالق .

ولقائل أن يقول : هذا الكلام إما أن يكون حقيقة فيما أراد أو مجازا ، ولا سبيل إلى الأول لأن اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا إلى الثاني لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال .." (٢)

"بين الكم والكيف : يعني العدد والبينونة فيحتاج إلى النية لتعيين أحدهما .

وقد روي عن الطحاوي أن للمرأة أن تجعل الطلاق بائنا أو ثلاثا في قول أبي حنيفة .

قال صاحب النهاية ناقلا عن الفوائد الظهيرية : وقد راجعت الفحول في **جواب** هذا **الإشكال** فما قرع سمعي **جوابه** فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوي .

---

(١) العناية شرح الهداية، ٤/١٥٨

(٢) العناية شرح الهداية، ٥/٢١٠

ولقائل أن يقول : لا مناسبة لهذا التفويض لعامة التفويضات إلا في كونه تفويضا وذلك ليس بجامع لوجود الفارق ، وهو أن المفوض هاهنا متنوع دونها فيكون في وجوب التعويل نظر .

توضيحه أن المتأخر إلى المشيئة ما علق بها والتعليق بالمشيئة إنما حصل بكلمة كيف لأن قوله أنت طالق ليس فيه شيء منه وهي لا تعلق لها بالأصل أصلا فيكون منجزا أصل الطلاق ومفوضا لوصفه المتنوع .

وتفويض وصف الشيء مبهما قبل وجود الأصل ممتنع إلا أن في غير المدخول بها لا أثر لمشيئة الوصف بعد وقوع الأصل لعدم المحل فيلغو تفويض الصفة إلى مشيئتها ، وفي الموطوءة المحل باق بعد وجود الأصل فلها المشيئة بعد وقوعه .

وقوله (وعلى هذا الخلاف العتاق) يعني إذا قال لعبده أنت حر كيف شئت عتق عند أبي حنيفة ولا حال للعتق يفوض إليه .

وعندهما لا يعتق حتى يشاء وإنما قال في الكتاب (قال في الأصل هذا قول أبي حنيفة) لأن ما أورده في الأصل من مسائل الجامع الصغير وليس فيه ذكر قولهما ، وإنما ذكر الرواية فيه على قول أبي حنيفة لا غير فذكره ليتبين أن ما ذكره في الجامع الصغير إنما هو قوله لا." (١)

"وهو ما إذا علقه بفعلها ، فإن كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لأنها راضية بذلك ، وإن كان الفعل مما لا بد لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر وكلام الأبوين ترث لأنها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا أو في العقبى ولا رضا مع الاضطرار .

وأما إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض ، فإن كان الفعل مما لها منه بد فلا **إشكال** أنه لا ميراث لها ، وإن كان مما لا بد لها منه فكذلك **الجواب** عند محمد رحمه الله وهو قول زفر لأنه لم يوجد من الزوج صنع بعدما تعلق حقها بماله . وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ترث لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه كأنها آلة له كما في الإكراه . s." (٢)

"(وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) وهي ثلث قيمتها قنة على ما تقدم وكلامه واضح . واستشكل القول بالسعاية عليها عند أبي حنيفة مع أن مالية أم الولد غير متقومة عنده ، فإن القول بالسعاية قول بالتقوم إذ السعاية بدل ما ذهب من ماليتها .

قوله (ومالية أم الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده) **جواب** عن هذا **الإشكال** .

وقوله (ولأنها) يعني مالية أم الولد (إن لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا) أي كونها محترمة (يكفي لوجوب الضمان) **جواب** آخر لذلك **الإشكال** .

واعترض عليه بأن الاحترام لو كان كافيا لوجوب الضمان لوجب على غاصب أم الولد .

وأجيب بأن مبنى الضمان في الغصب على المماثلة ، ولا مماثلة بين ماليتها لانتفاء تقومها وبين ما يضمن به من المال المتقوم

---

(١) العناية شرح الهداية، ٥/٣٣٣

(٢) العناية شرح الهداية، ٥/٣٨٩

، وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم الكلام في مثله .

وقوله (كما في القصاص المشترك) يعني إذا كان القصاص مشتركا بين جماعة وعفا أحدهم يجب المال للباقين ، وإن لم يكن القصاص مالا متقوما لكنه حق محترم فجاز أن يكون موجبا للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعفو أحدهم .." (١)

"(قوله ومن أحيا أرضا مواتا فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها) قيل هذا الإطلاق محمول على المقيد ، وهو ما إذا كان المحيي مسلما ، وأما إذا كان ذميا فعليه الخراج وإن كانت من حيز أرض العشر ، وإذا كان هذا مقيدا بكونه مسلما وجب أن يقيد قولهم المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج بأنه إذا لم يكن منه صنيع يقتضي ذلك وهو السقي من ماء الخراج ، إذ الخراج يجب جبرا للمقاتلة فيختص وجوب الخراج بما يسقى بماء حمته المقاتلة ، والماء الذي حمته المقاتلة ماء الخراج ، فلهذا يجب الخراج إذا سقاه بماء الخراج ، إلى هذا أشار شمس الأئمة (قوله والبصرة عنده عشرية) جواب إشكال يرد على قول أبي يوسف فيما ذكر أن الإحياء في حيز الأرض الخراجية يجعل الأرض خراجية ، والبصرة في حيز الأرض الخراجية وإن أحيا فيها مسلم يجب عليه العشر .

ووجهه أن القياس ذلك لكن ترك ذلك بإجماع الصحابة (قوله لأن حيز الشيء يعطي له حكمه) دليل أبي يوسف على مذهبه (قوله كفناء الدار) يعني فناء الدار يعطي له حكم الدار في حق الانتفاع وإن لم يكن الفناء مملوكا لصاحب الدار لاتصاله بملكه ، فكذا هاهنا تعطى هذه الأرض المحياة حكم جوارها لاتصالها به ، ولا يظن في إعادة قوله : " وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية " تكرار لأن الأول رواية القدوري والثاني ذكره شرحا لذلك .

ونهر الملك على طريق الكوفة من بغداد ، ويزدجرد ملك من ملوك العجم (قوله لما ذكرنا) من قبل إشارة إلى قوله لأن العشر ." (٢)

"فإنه آمن فسلكه فإذا فيه لصوص سلبوا أمواله لم يضمن المخبر شيئا لما أنه غرور فيما ليس بمعاوضة ، وكذلك لو قال : كل هذا الطعام فإنه غير مسموم فأكل فمات فظهر بخلافه لكونه تغريرا في غير المعاوضة ، وإذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فإنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن ببدلي الصرف والمسلم فيه .

وإذا هلك يقع فيه الاستيفاء ، ولو كان معاوضة لكان استبدالا برأس مال السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام ، وإذا لم يكن معاوضة لم يجعل الأمر به ضمانا للسلامة ، وبخلاف الأجنبي فإنه لا معتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ، ثم في وضع المسألة ضرب إشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو أن الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى ، والعبد بعدما قال اشترني فإني عبد إما أن يدعي الحرية أو لا ، والأول تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية .

والجواب أن قول محمد فإذا العبد حر يحتمل حرية الأصل والحرية بعتاق عارض ، فإن أراد الأول فله وجهان : أحدهما ما قاله عامة المشايخ إن الدعوى ليست بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الأم ؛ لأن الشهود في شهادتهم محتاجون إلى تعيين الأم وفي ذلك تحريمها وتحريم أخواتها وبناتها ، فإنه إذا كان حر الأصل كان فرج الأم على مولاه حراما وحرمة الفرج من

---

(١) العناية شرح الهداية، ٤٢٩/٦

(٢) العناية شرح الهداية، ٧٩/٨

حقوق الله تعالى ، والدعوى ليست بشرط كما في عتق الأمة ، وإذا لم تكن الدعوى شرطا لم يكن التناقض مانعا .

والثاني ما قاله بعض." [1]

"فلو رد المأخوذ عاد إلى ما في ذمته فيثبت الخيار فيما أخذه ثانيا وثالثا إلى ما لا يتناهى ، فإذا لم يفد فائدته لا يجوز إثباته وفي بيع العين يفيد فائدته ؛ لأن العقد ينفسخ عند الرؤية إذا رد المبيع ؛ لأنه رد عين ما تناوله العقد فيفسخ .

قيل فيه **إشكالان** : أحدهما أن الضمير في قوله فيه إما أن يراد به رأس المال أو المسلم فيه ، لا سبيل إلى الأول ؛ لأن خيار الرؤية ثابت في رأس المال ، صرح به في التحفة وقال : لا يفسد به السلم ، ولا إلى الثاني لانتفاء التقريب ؛ لأنه في بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق ، وثبوت الخيار في المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان أجنبيا .

والثاني أن المبيع في الاستصناع دين ومع ذلك للمستصنع خيار الرؤية .

والجواب عن الأول أنه يعود للمسلم فيه وذكره استطرادا ، ويجوز أن يعود إلى رأس المال ، وهو إن كان دينا في الذمة يتسلسل ولا يفيد ، وإن كان عينا وجب أن لا يفيد لإفضائه إلى التهمة .

وعن الثاني أنا لا نسلم أن المعقود عليه في الاستصناع دين بل هو عين على ما سيجيء في الاستصناع ، بخلاف خيار العيب ؛ لأنه لا يمنع تمام القبض ؛ لأن تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد .." [2]

"مالكا لا محالة ، وأقل ذلك يثبت المال وهو معلوم فكان التكفيل له .

ونقل التمرتاشي فيه خلافا فإن ثبت فلا **إشكال** .

لا يقال : الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه ؛ لأنه ليس بخصم ولا للميت ؛ لأن الكفالة لتوثيق المطالبة كما مر وهي من الميت غير متصورة .

وعورض بأن القاضي يتلوم في هذه الصورة بالإجماع على ما يراه ، وفي ذلك تأخير لحق ثابت قطعا أو ظاهرا كما ذكرتم لحق موهوم فدل على أن التأخير جائز .

وأجيب بأن التلوم ليس للحق الموهوم ، بل إنما هو أمر يفعله القاضي لنفسه احتياطا في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك ، فإن هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة ؛ لأن الشهادة على النفي باطلة بل خبر يستأنس به على نفي الشريك ، والتلوم من القاضي يقوم مقامه في إفادة ذلك في حقه وليس ثمة طلب شيء زائد من المستحق ، بخلاف طلب الكفالة .

وقوله : (بخلاف النفقة) **جواب** عما استشهد به من المسائل ، أما مسألة النفقة فلأن التكفيل فيها لحق ثابت وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم أيضا فصحت الكفالة (وأما الآبق واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان) قال في رواية : لا أحب أن يأخذ منه كفيلا ، وقال في رواية : أحب أن يأخذ منه كفيلا ، قالوا في

(١) العناية شرح الهداية، ٣٥٨/٩

(٢) العناية شرح الهداية، ٤٢٥/٩

شروح الجامع الصغير : والصحيح أن الرواية الأولى قول أبي حنيفة فلا يصح القياس حينئذ .

وقال العتابي (إن دفع." [١]

"بالقبض ، وكل واحد من العبدين هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض .

وقال ظهير الدين : هذا **إشكال** هائل أوردته على كل قرم نحرير فلم يهتد أحد إلى **جوابه** ، ثم قال : والذي تخايل لي بعد طول التجشم أن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد ، وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف ، أما في الحي منهما فظاهر ، وكذلك في الميت منهما ، لأنه إن تعذر الفسخ من الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض ، لأن الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد حتى قال : يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده ، فيجب إعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا تعتبر قيمتهما يوم القبض .

هذا ما قاله صاحب النهاية وغيره من الشارحين .

وأقول : الأصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد أن تعتبر قيمته يوم العقد ، إلا إذا وجد ما يوجب فسخ العقد فإنه تعتبر حينئذ قيمته يوم القبض ، لأنه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه ، وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا إلى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا إلى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين ، وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا إلى عدم." [٢]

"(قال : وإذا تنازعا في دابة إلخ) إذا تنازع اثنان في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى ، لأن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له فيترجح ، وإن أشكل ذلك كانت بينهما نصفين لأنه سقط التوقيت وصار كأنهما أقاماها ولا تاريخ لهما ، هذا إذا كانا خارجين ، وإن كان أحدهما ذا اليد فإن وافق سن الدابة تاريخه أو أشكل قضي بها لذي اليد ، إما لظهور علامة الصدق في شهوده ، أو سقوط اعتبار التوقيت **بالإشكال** ، وإن كان سن الدابة بين وقت الخارج وذي اليد قال عامة المشايخ : تهاتر البينتان وتترك الدابة في يد ذي اليد قوله وإن خالف سن الدابة الوقتين) يعني في الخارجين (بطلت البينتان ، كذا ذكره الحاكم) لأنه ظهر كذب الفريقين ، وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع أيضا ، فتترك الدابة في يد من هي في يده قضاء ترك كأنهما لم يقيما البينة .

قال في المبسوط : الأصح ما قاله محمد عن **الجواب** ، وهو أن تكون الدابة بينهما في الفصلين : يعني فيما إذا كان سن الدابة مشكلا ، وفيما إذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين .

أما إذا كان مشكلا فلا شك فيه ، وكذلك إن كان على غير الوقتين لأن اعتبار ذكر الوقت لحقهما ، وفي هذا الموضع في

---

(١) العناية شرح الهداية، ٣٤٣/١٠

(٢) العناية شرح الهداية، ٣٢٦/١١

اعتباره إبطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت أصلا ، وينظر إلى مقصودها وهو إثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين ، وهذا." (١)

"قال (وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) إذا باع العبد المديون الذي لزمته ديون من المولى شيئا بمثل قيمته جاز (لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين) ويعلم منه أنه إذا لم يكن عليه دين لا يجوز لأنه ليس بأجنبي (وإذا باع منه بنقصان لم يجز مطلقا) أي سواء كان كثيرا أو قليلا (لأنه متهم في حق مولاه) بميله إليه عادة ، بخلاف ما إذا باع من الأجنبي بذلك فإنه يجوز مطلقا لأنه لا تهمة فيه .

فإن قيل : التهمة فيه قد تكون موجودة .

أجيب بأنه موهوم حيث إنه لم ينشأ عن دليل (قوله بخلاف ما إذا باع المريض) مروي بالواو وبغيره .

قال في النهاية : وهذا الخلاف متعلق بأول المسألة ، وهو قوله وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف ، وليس بصحيح لأنه معطوف بلا معطوف عليه ، بل المناسب لذلك عدم الواو .

وقال : ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي : أي أنه يجوز في كل حال : أعني إذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة : وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله في كل حال من هذه الأحوال ، وهذا أوجه ، ولكن النسخة بالواو تأباه .

قلت : ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى ، لأن المفهوم من قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقا ، ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة إشكالا عليه حتى يحتاج إلى الجواب .." (٢)

"البائع أو من المشتري (فله الأخذ بالشفعة أما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها) فإن أخذها بالشفعة كان نقضا لبيعه لأنه قرر ملكه ، وإقرار البائع على إقرار ملكه في مدة الخيار نقض للبيع ، لأنه لو لم يجعل نقضا لكان إذا أجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة وتبين أنه أخذها بغير حق (وكذا إذا كان الخيار) للمشتري (وفيه إشكال) وهو ما ذكره البلخي من أن أصل أبي حنيفة أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار ، والشفعة لا تستحق إلا بالملك فكان تناقضا .

وقوله (أوضحناه في البيوع) قال في النهاية : هذه الحوالة في حق الإشكال غير رائجة ، بل فيه جواب الإشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها إلخ .

وقيل إذا كانت الحوالة في حق جواب الإشكال رائجة كانت في حق السؤال كذلك لأن الجواب يتضمن السؤال .

وقيل لم يقل في البيوع من هذا الكتاب فيجوز أن تكون واضحة في كفاية المنتهى ، ولو كان بالخيار لهما لم تثبت الشفعة لأجل خيار البائع لا لأجل خيار المشتري (قوله وإذا أخذها) يعني أخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الأخذ منه إجازة للبيع الأول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البائع (قوله بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها)

---

(١) العناية شرح الهداية، ٤٠٧/١١

(٢) العناية شرح الهداية، ٣٠٧/١٣

ظاهر .

وقوله (ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى) يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار (له) أي للشفيع أن يأخذها دون." [1]

"والبقر عليه : أي على رب الأرض جاز ، فكذا إذا شرط البقر وحده وصار كجانب العمل إذا شرط البقر عليه ،

والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجارا للعامل .

وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه ، وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلا .

ولقائل أن يقول : استئجار الأرض والعامل منصوص عليه دون الآخرين فكان أرجح ، ويلزم الجواز .

ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف العمل به مع وجود المعارض .

وقوله كل ذلك بخلق الله تعالى لا مدخل له في الدليل ، وإنما ذكره لأنه لما أضاف منفعة الأرض إلى قوة في طبعها توهم أن ينسب إلى القول بالطبيعة فدفع ذلك .

وهاهنا وجهان آخران لم يذكرهما القدوري رحمه الله وهما فاسدان ، وقد ذكر المصنف رحمه الله وجه ذلك .

وبقي عليه **إشكال** ، وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر فيستوجب عليه أجر مثل أرضه .

وأجيب بأن منفعة العامل ومنفعة الأرض صارتا مسلمتين إلى صاحب البذر لسلامة الخارج له حكما وكذلك إن لم تخرج الأرض شيئا لأن عمل العامل بأمره في إلقاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه أجر مثله في الوجهين .

وثمة وجه آخر لم يذكراه : أي القدوري وصاحب الهداية جميعا وهو أن يشترك أربعة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والأرض من آخر." [2]

"وقوله (ولا يجوز للمملوك) واضح .

وقوله (والمراد بالنص الإماء) يريد بالنص قوله تعالى ﴿ أو ما ملكت أيمانهن ﴾ وهو **جواب** عن استدلال مالك والشافعي رحمهما الله به (قال سعيد) أي سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير .

قال في النهاية : أطلق اسم سعيد ولم يقيده بالنسبة ليتناول السعيدين (والحسن وغيرهما) سمرة بن جندب (لا تغرنكم سورة النور فإنها في الإناث دون الذكور) ولأن الذكور مخاطبون بقوله تعالى ﴿ قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ﴾ فلو دخلوا في قوله تعالى ﴿ أو ما ملكت أيمانهن ﴾ لزم التعارض .

وعورض بأن نظر الإماء إلى سيدتهن استفيد من قوله تعالى ﴿ أو نسائهن ﴾ فلو حملت هذه الآية على الإماء لزم التكرار ، وبأن الإماء لو لم تكن مرادة من قوله تعالى ﴿ أو نسائهن ﴾ وجب أن لا تكون مرادة من قوله تعالى ﴿ أو ما ملكت أيمانهن ﴾ أيضا ، لأن البيان إنما يحتاج إليه في موضع **الإشكال** ، ولا يشكل على أحد أن للأمة أن تنظر إلى سيدتها كالأجنبيات ، والملك إن لم يزد توسعة فلا أقل أن لا يزيد تضييقا .

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٣/٤٩٣

(٢) العناية شرح الهداية، ١٤/٩٦

وأجيب عن الأول بأن المراد بالنساء الحرائر المسلمات اللاتي في صحبتهن ، لأنه ليس لمؤمنة أن تتجرد بين يدي مشركة أو كتابية .

كذا عن ابن عباس رضي الله عنهما ، والظاهر أنه أريد بنسائهن من يصحبهن من الحرائر مسلمة كانت أو غيرها .

والنساء كلهن في حل نظر بعضهن إلى بعض سواء ، والمراد من قوله تعالى ﴿ أو ما ملكت أيمانهن ﴾ الإماء .

وعن الثاني بأن حال الأمة." (١)

"مجرد تعلق الحق مانع ولهذا منع النفاذ في البيع والهبة .

أجاب بقوله وامتناع النفاذ ، ومعناه أن حق المرتهن إنما صلح مانعا في البيع والهبة لإعدامه قدرة العاقد على التسليم المشروط بصحة العقدين ، وليس ذلك بموجود في الإعتاق فلا يصلح مانعا .

وقوله (وإعتاق الوارث) جواب عما تمسك به الشافعي رحمه الله في بعض المواضع وادعى أن إعتاقه لغو .

وصورته مريض أو وصي برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات وأعتق الوارث العبد لم ينفذ لحق الموصى له فكذا يجب أن يكون في الرهن ، ووجهه أن ذلك لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله .

وأما عندهما فلا إشكال لأنه يعتق في الحال .

وقوله (وإذا نفذ الإعتاق) راجع إلى أول الكلام : يعني فإذا ثبت تحقق المقتضي وانتفاء المانع نفذ الإعتاق ، وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله وما بعده ظاهر .

وقوله (إلا إذا كان بخلاف جنس حقه) يعني إلا إذا كان الحاصل من السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فإنه لا يقضي به دينه بل يبدل به جنس حقه ويقضي به دينه .

وقوله (لأنه لما تعذر الوصول) دليل وجوب السعاية على العبد .

وقوله (نذكره) يعني في هذا الباب في مسألة استيلاد الأمة المرهونة .

وقوله (وعندهما لتكميله) يعني وإن عتق عندهما لكن في عتقه نقصان لكونه مطلوبا بالسعاية ، فإذا أداها كمل العتق .

وقوله إلا رواية عن أبي يوسف رحمه الله فإن المبيع محبوس في يد البائع كالرهن في يد المرتهن .." (٢)

"إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل .

وقوله (وذكر في بعض النسخ) قال الإمام فخر الإسلام رحمه الله وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب : أي كتاب الجامع الصغير هذه المسألة على خلاف هذا الوضع ، وساق الكلام مثل ما ذكر في الهداية ، وبعض الشارحين عبر عن النسخة الأولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة .

وقوله (إلى آخر ما ذكرنا) يعني وإن لم يعتقه رد إلى مولاه ويجعل الأولياء على خيرتهم بين القتل والعفو .

وقوله (وهذا الوضع يرد إشكالا) قيل أي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة ، وإنما خص هذا الوضع بورود الإشكال

---

(١) العناية شرح الهداية، ١٤/٢٥٠

(٢) العناية شرح الهداية، ١٥/٥٧

لأنه دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لأنه ينبئ عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو ، ولا كذلك الوضع الأول لأن الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع ، فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حط شيء فلا يرد **إشكالا** على مسألة العفو ، وقيل هذا الوضع : أي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها يرد **إشكالا** فيما إذا عفا عن اليد وسرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك ، وهاهنا قال يجب .

واختلف المشايخ رحمهم الله في **الجواب** عن ذلك ، فقال بعضهم : ما ذكر هاهنا من وجوب القصاص **جواب** القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان : يعني وجوب القصاص في هذه المسألة على النسختين **جواب** القياس ، وفي الاستحسان تجب الدية ، وفي مسألة العفو وجوب الدية **جواب** الاستحسان ، وفي القياس يجب القصاص فكان." (١)

"ونعني به سبب العلم في قول أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر والمسألة ذكرت في كتاب الصلاة

وأما العقل والبلوغ فليسا من شرائط أهلية وجوب العشر حتى يجب العشر في أرض الصبي والمجنون لعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب أو دالية ففيه نصف العشر ولأن العشر مؤنة الأرض كالخراج ولهذا لا يجتمعان عندنا ولهذا يجوز للإمام أن يمد يده إليه فيأخذه جبرا ويسقط عن صاحب الأرض كما لو أدى بنفسه إلا أنه إذا أدى بنفسه يقع عبادة فينال ثواب العبادة

وإذا أخذه (((أخذها))) الإمام كرها لا يكون له ثواب فعل العبادة وإنما يكون ثواب ذهاب ماله في وجه الله تعالى بمنزلة ثواب المصائب كرها بخلاف الزكاة فإن الإمام لا يملك الأخذ جبرا وإن أخذ لا تسقط الزكاة عن صاحب المال ولهذا لو مات من عليه العشر والطعام قائم يؤخذ منه بخلاف الزكاة فإنها تسقط بموت من هي عليه وكذا ملك الأرض ليس بشرط لوجوب العشر وإنما الشرط ملك الخارج فيجب في الأراضي التي لا مالك لها وهي الأراضي الموقوفة لعموم قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض ﴾

وقوله عز وجل ﴿ وآتوا حقه يوم حصاده ﴾

وقول النبي صلى الله عليه وسلم ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب أو دالية ففيه نصف العشر ولأن العشر يجب في الخارج لا في الأرض فكان ملك الأرض وعدمه بمنزلة واحدة ويجب في أرض المأذون والمكاتب لما قلنا

ولو آجر أرضه العرية (((العشرية))) فعشر الخارج على المؤاجر عنده وعندهما على المستأجر

وجه قولهما ظاهر لما ذكرنا أن العشر يجب في الخارج والخارج ملك المستأجر فكان العشر عليه كالمستعير

ولأبي حنيفة إن الخارج للمؤاجر معنى لأن بدله وهو الأجرة له فصار كأنه زرع بنفسه وفيه **إشكال** لأن الأجر مقابل (((قابل))) للمنفعة لا الخارج والعشر يجب في الخارج عندهما والخارج يسلم للمستأجر من غير عوض فيجب فيه العشر

---

(١) العناية شرح الهداية، ٤١١/١٥

والجواب أن الخارج في إجارة الأرض وإن كان عينا حقيقة (((حقيقية))) فله حكم المنفعة فيقابله الآجر فكان الخارج للآجر معنى فكان العشر عليه فإن هلك الخارج فإن كان قبل الحصاد فلا عشر على المؤاجر ويجب الأجر على المستأجر لأن الأجر يجب بالتمكن من الانتفاع وقد تمكن منه وإن هلك بعد الحصاد لا يسقط عن المؤاجر عشر الخارج لأن العشر كان يجب عليه دينا في ذمته ولا يجب في الخارج عنده حتى يسقط بهلاكه فلا يسقط عنه العشر بهلاكه ولا يسقط الأجر عن المستأجر أيضا

وعند أبي يوسف ومحمد العشر في الخارج فيكون على من حصل له الخارج ولو هلك بعد الحصاد أو قبله هلك بما فيه من العشر

ولو أعارها من مسلم فزرعها فالعشر على المستعير عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر على المعير وهكذا روى عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة ولا خلاف في أن الخراج على المعير

وجه قول زفر أن الإعارة تمليك المنفعة بغير عوض فكان هبة المنفعة فأشبه هبة الزرع

ولنا أن المنفعة حصلت للمستعير صورة ومعنى إذ لم يحصل للمعير في مقابلتها عوض فكان العشر على المستعير ولو أعارها من كافر فكذلك **الجواب** عندهما لأن العشر عندهما في الخارج على كل حال

وعن أبي حنيفة فيه روايتان في رواية العشر في الخارج وفي رواية على رب المال ولو دفعها مزارعة فأما على مذهبهما فالمزارعة جائز (((جائزة))) والعشر يجب في الخارج

والخارج بينهما فيجب العشر عليهما وأما على مذهب أبي حنيفة فالمزارعة فاسدة ولو كان يجيزها كان يجب على مذهبه جميع العشر على رب الأرض إلا أن في حصته جميع العشر يجب في عينه وفي حصة المزارع يكون دينا في ذمته

ولو غصب غاصب أرضا عشرية فزرعها فإن لم تنقصها الزراعة فالعشر على الغاصب في الخارج لا على رب الأرض لأنه لم تسلم له منفعة كما في العارية وإن نقصتها الزراعة فعلى الغاصب نقصان الأرض كأنه آجرها منه وعشر الخارج على رب الأرض عند أبي حنيفة

وعندهما في الخارج ولو كانت الأرض خراجية في الوجوه كلها فخراجها على رب الأرض بالإجماع إلا في الغصب إذا لم تنقصها الزراعة فخراجها على الغاصب وإن نقصتها فعلى رب الأرض كأنه آجرها منه وقال محمد انظر إلى نقصان الأرض وإلى الخراج فإن كان ضمان النقصان أكثر من الخراج فالخراج على رب الأرض يأخذ من الغاصب النقصان فيؤدي الخراج منه وإن كان ضمان النقصان أقل من الخراج فالخراج على الغاصب وسقط عنه ضمان النقصان

ولو با ع الأرض العشرية وفيها زرع

". (١)

"بتمام العدة ثلاثين يوما بلا خلاف لأن قولهما في الفطر يقبل

---

(١) بدائع الصنائع، ٥٦/٢

وإن صاموا بشهادة شاهد واحد فروى الحسن عن أبي حنيفة أنهم لا يفطرون على شهادته برؤية هلال رمضان عند كمال العدد وإن وجب عليهم الصوم بشهادته فثبتت الرمضانية بشهادته في حق الصوم لا في حق الفطر لأنه لا شهادة له في الشرع على الفطر

ألا ترى أنه لو شهد وحده مقصودا لا تقبل بخلاف ما إذا صاموا بشهادة شاهدين لأن لهما شهادة على الصوم والفطر جميعا ألا ترى لو شهدا برؤية الهلال تقبل شهادتهما لأن وجوب الصوم عليهم بشهادته من طريق الاحتياط والاحتياط ههنا في أن لا يفطروا بخلاف ما إذا صاموا بشهادة شاهدين لأن الوجوب هناك ثبت بدليل مطلق فيظهر في الصوم والفطر جميعا

وروى ابن سماعة عن محمد أنهم يفطرون عند تمام العدد فأورد ابن سماعة على محمد **إشكالا** فقال إذا قبلت شهادة الواحد في الصوم تفطر على شهادته

ومتى أفطرت عند كمال العدد على شهادته فقد أفطرت بقول الواحد وهذا لا يجوز لاحتمال أن هذا اليوم من رمضان فأجاب محمد رحمه الله فقال لا أتهم المسلم أن يتعجل يوما مكان يوم ومعناه أن الظاهر أنه إن كان صادقا في شهادته فالصوم وقع في أول الشهر فيختم بكمال العدد

وقيل فيه **بجواب** آخر وهو أن جواز الفطر عند كمال العدد لم يثبت بشهادته مقصودا بل بمقتضى الشهادة وقد يثبت بمقتضى الشيء ما لا يثبت به مقصودا كالميراث بحكم النسب الثابت أنه يظهر بشهادة القابلة بالولادة وإن كان لا يظهر بشهادتها مقصودا

والاستشهاد على مذهبهما لا على مذهب أبي حنيفة لأن شهادة القابلة بالولادة لا تقبل في حق الميراث عنده

وأما هلال ذي الحجة فإن كانت السماء مصحية فلا يقبل فيه إلا ما يقبل في هلال رمضان وهلال شوال وهو ما ذكرنا وإن كان بالسماء علة فقد قال أصحابنا إنه يقبل فيه شهادة الواحد

وذكر الكرخي أنه لا يقبل فيه إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين كما في هلال شوال لأنه يتعلق بهذه الشهادة حكم شرعي وهو وجوب الأضحية على الناس فيشترط فيه العدد والصحيح هو الأول لأن هذا ليس من باب الشهادة بل من باب الإخبار ألا ترى أن الأضحية تجب على الشاهد ثم تتعدى إلى غيره فكان من باب الخبر ولا يشترط فيه العدد

ولو رأوا يوم الشك الهلال بعد الزوال أو قبله فهو لليلة المستقبلة في قول أبي حنيفة ومحمد ولا يكون ذلك اليوم من رمضان

وقال أبو يوسف إن كان بعد الزوال فكذلك وإن كان قبل الزوال فهو لليلة الماضية ويكون ذلك اليوم من رمضان والمسألة مختلفة بين الصحابة

وروي عن عمر وابن مسعود وابن عمر وأنس مثل قولهما

وروي عن عمر رضي الله عنه رواية أخرى مثل قوله وهو قول علي وعائشة رضي الله عنهما وعلى هذا الخلاف هلال شوال إذا رأوه يوم الشك وهو يوم الثلاثين من رمضان قبل الزوال أو بعده فهو لليلة المستقبلة عندهما ويكون اليوم

من رمضان وعنده إن رأوا (((رأوه))) قبل الزوال يكون لليلة الماضية ويكون اليوم يوم الفطر والأصل عندهما أنه لا يعتبر في رؤية الهلال قبل الزوال ولا بعده وإنما العبرة لرؤيته قبل غروب الشمس وعنده يعتبر

وجه قول أبي يوسف أن الهلال لا يرى قبل الزوال عادة إلا أن يكون لليلتين وهذا يوجب كون اليوم من رمضان في هلال رمضان وكونه يوم الفطر في هلال شوال

ولهما قول النبي صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته أمر بالصوم والفطر بعد الرؤية وفيما قاله أبو يوسف يتقدم وجوب الصوم والفطر على الرؤية وهذا خلاف النص

ولو أن أهل مصر لم يروا الهلال فأكملوا شعبان ثلاثين يوما ثم صاموا وفيهم رجل صام يوم الشك بنية رمضان ثم رأوا هلال شوال عشية التاسع والعشرين من رمضان فصام أهل المصر تسعة وعشرين يوما وصام ذلك الرجل ثلاثين يوما فأهل المصر قد أصابوا وأحسنوا وأساء ذلك الرجل وأخطأ لأنه خالف السنة إذ السنة أن يصام رمضان لرؤية الهلال إذا كانت السماء مصحية أو بعد شعبان ثلاثين يوما كما نطق به الحديث وقد عمل أهل المصر بذلك وخالف الرجل فقد أصاب أهل المصر وأخطأ الرجل ولا قضاء على أهل المصر لأن الشهر قد يكون ثلاثين يوما وقد يكون تسعة وعشرين يوما لقول النبي الشهر هكذا وهكذا وأشار إلى جميع أصابع يديه ثم قال الشهر هكذا وهكذا ثلاثا وحبس إبهامه في المرة الثالثة فثبت أن الشهر قد يكون ثلاثين وقد يكون تسعة وعشرين

وقد روي عن أنس رضي الله تعالى عنه أنه قال صمنا على عهد رسول الله

". (١)

"الرمي في يوم النحر فكذا في اليوم الثاني والثالث لأن الكل أيام النحر

وجه الرواية المشهورة ما روي عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمى الجمرة يوم النحر ضحى ورمى في بقية الأيام بعد الزوال وهذا باب لا يعرف بالقياس بل بالتوقيف فإن أخر الرمي فيهما إلى الليل فرمى قبل طلوع الفجر جاز ولا شيء عليه لأن الليل وقت الرمي في أيام الرمي لما روينا من الحديث فإذا رمى في اليوم الثاني من أيام التشريق بعد الزوال فأراد أن ينفر من منى إلى مكة وهو المراد من النفر الأول فله ذلك لقوله تعالى ﴿ فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه ﴾ أي من نفر إلى مكة بعد ما رمى يومين من أيام التشريق وترك الرمي في اليوم الثالث فلا إثم عليه في تعجيله والأفضل أن لا يتعجل بل يتأخر إلى آخر أيام التشريق وهو اليوم الثالث منها فيستوفي الرمي في الأيام كلها ثم ينفر وهو المعنى من النفر الثاني وذلك معنى قوله تعالى ﴿ ومن تأخر فلا إثم عليه ﴾

وفي ظاهر هذه الآية الشريفة **إشكال** من وجهين أحدهما أنه ذكر قوله تعالى ﴿ فلا إثم عليه ﴾ في المتعجل والمتأخر جميعا وهذا إن كان يستقيم في حق المتعجل لأنه يترخص لا يستقيم في حق المتأخر لأنه أخذ بالعزيمة والأفضل

---

(١) بدائع الصنائع، ٨٢/٢

والثاني أنه قال تعالى في المتأخر ﴿ فلا إثم عليه لمن اتقى ﴾ قيده بالتقوى وهذا التقييد بالمتعجل أليق لأنه أخذ بالرخصة ولم يذكر فيه هذا التقييد

والجواب عن **الإشكال** الأول ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال في هذه الآية فمن تعجل في يومين غفر له ومن تأخر غفر له وكذا روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال في قوله تعالى ﴿ فلا إثم عليه ﴾ رجع مغفورا له وأما قوله تعالى ﴿ لمن اتقى ﴾ فهو بيان أن ما سبق من وعد المغفرة للمتعجل والمتأخر بشرط التقوى

ثم من أهل التأويل من صرف التقوى إلى الاتقاء عن قتل الصيد في الإحرام أي لمن اتقى قتل الصيد في حال الإحرام وصرف

أيضا قوله تعالى ﴿ واتقوا الله ﴾ أي فاتقوا الله ولا تستحلوا قتل الصيد في الإحرام ومنهم من صرف التقوى إلى الاتقاء عن المعاصي كلها في الحج وفيما بقي من عمره ويحتمل أن يكون المراد منه التقوى عما حظر عليه الإحرام من الرفث والفسوق والجدال وغيرها والله تعالى أعلم

وإنما يجوز له النفر في اليوم الثاني والثالث ما لم يطلع الفجر من اليوم الثاني فإذا طلع الفجر لم يجز له النفر

وأما وقت الرمي من اليوم الثالث من أيام التشريق وهو اليوم الرابع من أيام الرمي فالوقت المستحب له بعد الزوال ولو رمى قبل الزوال يجوز في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد لا يجوز واحتجا بما روي عن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم رمى الجمرة يوم النحر ضحى ورمى في بقية الأيام بعد الزوال وأوقات المناسك لا تعرف قياسا فدل أن وقته بعد الزوال ولأن هذا يوم من أيام الرمي فكان وقت الرمي فيه بعد الزوال كاليوم الثاني والثالث من أيام التشريق

ولأبي حنيفة ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال إذا افتتح النهار من آخر أيام التشريق جاز الرمي والظاهر أنه قاله سماعا من النبي صلى الله عليه وسلم إذ هو باب لا يدرك بالرأي والاجتهاد فصار اليوم الأخير من أيام التشريق مخصوصا من حديث جابر رضي الله عنه بهذا الحديث أو يحمل فعله في اليوم الأخير على الاستحباب ولأن له أن ينفر قبل الرمي ويترك الرمي في هذا اليوم رأسا فإذا جاز له ترك الرمي أصلا فلأن يجوز له الرمي قبل الزوال أولى والله تعالى أعلم

فصل وأما مكان الرمي ففي يوم النحر عند جمرة العقبة وفي الأيام الأخر عند ثلاثة مواضع عند الجمرة الأولى والوسطى والعقبة ويعتبر في ذلك كله مكان وقوع الجمرة لا مكان الرمي حتى لو رماها من مكان بعيد فوقعت الحصاة عند الجمرة أجزأه وإن لم تقع عنده لم تجزها إلا إذا وقعت بقرب منها لأن ما يقرب من ذلك المكان كان في حكمه لكونه تبعا له والله أعلم

فصل وأما الكلام في عدد الجمار وقدرها وجنسها ومأخذها ومقدار ما يرمى كل يوم عند كل موضع وكيفية الرمي وما يسن في ذلك وما يستحب وما يكره فيأتي إن شاء الله تعالى في بيان سنن أفعال الحج والله أعلم

فصل وأما بيان حكمه إذا تأخر عن وقته أو فات فنقول إذا ترك من جمار يوم النحر حصاة أو حصاتين أو ثلاثا إلى الغد فانه يرمي ما ترك أو يتصدق لكل حصاة نصف صاع من حنطة إلا أن يبلغ قدر الطعام دما فينقص ما شاء ولا

." (١)

"لو سافر بها لم يكن للزوج منعها فكذا إذا أذن لها في السفر

وأما بيان ما يتحلل به فالتحلل عن هذا النوع من الإحصار يقع بفعل الزوج والمولى أدنى محظورات الإحرام من قص ظفرها أو تطييبهما أو بفعلهما ذلك بأمر الزوج والمولى أو بامتشاط الزوجة رأسها بأمر الزوج أو تقبيلها أو معانقتها فتحل بذلك

والأصل فيه ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعائشة رضي الله عنها حين حاضت في العمرة امتشطي وارفضي عنك العمرة ولأن التحلل صار حقا عليهما للزوج والمولى فجاز بمباشرتهما أدنى ما يحظره الإحرام ولا يكون التحلل بقوله حللتك لأن هذا تحليل من الإحرام فلا يقع بالقول كالرجل الحر إذا أحصر فقال حللت نفسي

وأما وجوب قضاء ما أحرم به بعد التحلل فجملة الكلام فيه أن المحصر لا يخلو إما إن كان أحرم بالحجة لا غير وإما إن كان أحرم بالعمرة لا غير وإما إن كان أحرم بهما بأن كان قارنا فإن كان أحرم بالحجة لا غير فإن بقي وقت الحج عند زوال الإحصار وأراد أن يحج من عامه ذلك أحرم وحج وليس عليه نية القضاء ولا عمرة عليه كذا ذكره محمد في الأصل

وذكر ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة وعليه دم لرفض الإحرام الأول وإن تحولت السنة فعليه قضاء حجة وعمرة ولا تسقط عنه تلك الحجة إلا بنية القضاء

وروى الحسن عن أبي حنيفة أن عليه قضاء حجة وعمرة في الوجهين جميعا وعليه نية القضاء فيهما وهو قول زفر ذكره القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وعلى هذا التفصيل والاختلاف ما إذا أحرمت المرأة بحجة التطوع بغير إذن زوجها فمنعها زوجها فحللها ثم أذن لها بالإحرام فأحرمت في عامها ذلك أو تحولت السنة فأحرمت

وجه قول زفر أن ما تحجه في هذا العام دخل في حد القضاء لأنه يؤدي بإحرام جديد لانفساخ الأول بالتحلل فيكون قضاء فلا يتأدى إلا بنية القضاء وعليه حجة وعمرة كما لو تحولت السنة

ولنا أن القضاء اسم للفائت عن الوقت ووقت الحج باق فكان فعل الحج فيه أداء لا قضاء فلا يفتقر إلى نية القضاء ولا تلزمه العمرة لأن لزومها لفوات الحج في عامه ذلك ولم يفت

وقال الشافعي عليه قضاء حجة لا غير وإن تحولت السنة واحتج بما روي عن ابن عباس أنه قال حجة بحجة وعمرة بعمرة وهو المعنى له في المسألة أن القضاء يكون مثل الفائت والفائت هو الحجة لا غير فمثلها الحجة لا غير

وروينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كسر أو عرج حل وعليه الحج من قابل ولم يذكر العمرة ولو كانت واجبة لذكرها

ولنا الأثر والنظر أما الأثر فما روي عن ابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهما أنهما قالا في المحصر بحجة يلزمه حجة وعمرة

وأما النظر فلأن الحج قد وجب عليه بالشروع ولم يمض فيه بل فاته في عامه ذلك وفائت الحج يتحلل بأفعال العمرة

---

(١) بدائع الصنائع، ١٣٨/٢

فإن قيل فائت الحج يتحلل بالطواف لا بالدم والمحصر قد حل بالدم وقام الدم مقام الطواف من الذي يفوته الحج فكيف يلزمه طواف آخر

فالجواب أن الدم الذي حل به المحصر ما وجب بدلا عن الطواف ليقال أنه قام مقام الطواف فلا يجب عليه طواف آخر وإنما وجب لتعجيل الإحلال لأن المحصر لو لم يبعث هديا لبقي على إحرامه مدة مديدة وفيه حرج وضرر فجعل له أن يتعجل الخروج من إحرامه ويؤخر الطواف الذي لزمه بدم يهريقه فحل بالدم ولم يبطل الطواف وإذا لم يبطل الدم عنه الطواف ولم يجعل بدلا عنه فعليه أن يأتي به بإحرام جديد فيكون ذلك عمرة والدليل على أن دم الإحصار ما وجب بدلا عن الطواف الذي يتحلل به فائت الحج (((لحج))) أن فائت الحج لو أراد أن يفسخ الطواف الذي لزمه بدم يريقه بدلا عنه ليس له ذلك بالإجماع فثبت أن دم الإحصار لتعجيل الإحلال به لا بدلا عن الطواف فاندفع **الإشكال** بحمد الله تعالى ومنه

وأما حديث ابن عباس رضي الله عنهما إن ثبت فهو تمسك بالمسكوت لأن قوله حجة بحجة وعمرة بعمرة يقتضي وجوب الحجة بالحجة والعمرة بالعمرة وهذا لا ينفي وجوب العمرة والحجة بالحجة ولا يقتضي أيضا فكان مسكوتا عنه فيقف على قيام الدليل وقد قام دليل الوجوب وهو ما ذكرنا وهو كقوله تعالى ﴿ الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ﴾ أنه لا ينفي قتل الحر بالعبد والأنثى بالذكر بالإجماع

كذا هذا

ويحمل على فائت الحج وهو الذي لم يدرك الوقوف بعرفة بدليل أنه يتحلل بأفعال العمرة وعليه قضاء الحج من قابل ولا عمرة عليه

وإن كان إحرامه بالعمرة لا غير قضاها لوجوبها بالشروع في أي وقت شاء لأنه ليس لها وقت

". (١)

"معين وإن كان أحرم بالعمرة والحجة إن كان قارنا فعليه قضاء حجة وعمرتين

أما قضاء حجة وعمرة فلوجوبهما بالشروع وأما عمرة أخرى فلفوات الحج في عامه ذلك

وهذا على أصلنا

فأما على أصل الشافعي فليس عليه إلا حجة بناء على أصله أن القارن محرم بإحرام واحد ويدخل إحرام العمرة في الحجة فكان حكمه حكم المفرد بالحج والمفرد بالحج إذا أحضر (((أحصر))) لا يجب عليه إلا قضاء حجة عنده فكذا القارن

والله تعالى أعلم

---

(١) بدائع الصنائع، ١٨٢/٢

وأما حكم زوال الإحصار فالإحصار إذا زال لا يخلو من أحد وجهين إما إن زال قبل بعث الهدي أو بعدما بعث فإن زال قبل أن يبعث الهدي مضى على موجب إحرامه وإن كان قد بعث الهدي ثم زال الإحصار فهذا لا يخلو من أربعة أوجه إما إن كان يقدر على إدراك الهدي والحج أو لا يقدر على إدراكهما جميعا أو يقدر على إدراك الهدي دون الحج أو يقدر على إدراك الحج دون الهدي

فإن كان يقدر على إدراك الهدي والحج لم يجز له التحلل ويجب عليه المضي فإن إباحة التحلل لعذر الإحصار والعذر قد زال

وإن كان لا يقدر على إدراك واحد منهما لم يلزمه المضي وجاز له التحلل لأنه لا فائدة في المضي فتقرر الإحصار فيتقرر حكمه

وإن كان يقدر على إدراك الهدي ولا يقدر على إدراك الحج لا يلزمه المضي أيضا لعدم الفائدة في إدراك الهدي دون إدراك الحج إذ الذهاب لأجل إدراك الحج فإذا كان لا يدرك الحج فلا فائدة في الذهاب فكانت قدرته على إدراك الهدي والعدم بمنزلة واحدة

وإن كان يقدر على إدراك الحج ولا يقدر على إدراك الهدي قيل إن هذا الوجه الرابع إنما يتصور على مذهب أبي حنيفة لأن دم الإحصار عنده لا يتوقف بأيام النحر بل يجوز قبلها فيتصور إدراك الحج دون إدراك الهدي

فأما على مذهب أبي يوسف ومحمد فلا يتصور هذا الوجه إلا في المحصر عن العمرة لأن دم الإحصار عندهما مؤقت بأيام النحر فإذا أدرك الحج فقد أدرك الهدي ضرورة وإنما يتصور عندهما في المحصر عن العمرة لأن الإحصار عنها لا يتوقت بأيام النحر بلا خلاف

وإذا عرف هذا فقياس مذهب أبي حنيفة في هذا الوجه أنه يلزمه المضي ولا يجوز له التحلل لأنه إذا قدر على إدراك الحج لم يعجز عن المضي في الحج فلم يوجد عذر الإحصار فلا يجوز له التحلل ويلزمه المضي وفي الاستحسان لا يلزمه المضي ويجوز له التحلل إلا أنه إذا كان لا يقدر على إدراك الهدي صار كأن الإحصار زال عنه بالذبح فيحل بالذبح عنه ولأن الهدي قد مضى في سبيله بدليل إنه لا يجب الضمان بالذبح على من بعث على يده بدنة فصار كأنه قدر على الذهاب بعد ما ذبح عنه والله أعلم

فصل وأما بيان ما يحظره الإحرام وما لا يحظره وبيان ما يجب بفعل المحظور فجملة الكلام فيه أن محظورات الإحرام في الأصل نوعان نوع لا يوجب فساد الحج ونوع يوجب فساده

أما الذي لا يوجب فساد الحج فأنواع بعضها يرجع إلى اللباس وبعضها يرجع إلى الطيب وما يجري مجراه من إزالة الشعث وقضاء التفث وبعضها يرجع إلى توابع الجماع وبعضها يرجع إلى الصيد أما الأول فالمحرم لا يلبس المخيط جملة ولا قميصا ولا قباء ولا جبة ولا سراويل ولا عمامة ولا قلنسوة ولا يلبس خفين إلا أن لا يجد نعلين فلا بأس أن يقطعهما أسفل الكعبين فيلبسهما

والأصل فيه ما روي عن عبد الله بن عمر أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم وقال ما يلبس المحرم من الثياب فقال لا يلبس القميص ولا العمائم ولا السراويلات ولا البرانس ولا الخفاف إلا أحد لا يجد النعلين فليلبس الخفين وليقطعهما أسفل من الكعبين ولا يلبس من الثياب شيئا مسه الزعفران ولا الورس ولا تنتقب المرأة ولا تلبس القفازين

فإن قيل في هذا الحديث ضرب **إشكال** لأن فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عما يلبس المحرم فقال لا يلبس كذا وكذا من المخيط فسئل عن شيء فعدل عن محل السؤال وأجاب عن شيء آخر لم يسئل (((يسأل))) عنه

وهذا محيد عن **الجواب** أو يوجب أن يكون إثبات الحكم في مذكور دليلا على أن الحكم في غيره بخلافه وهذا خلاف المذهب

فالجواب عنه من وجوه أحدها أنه يحتمل أن يكون السؤال عما لا يلبسه المحرم وأضمر (لا) في محل السؤال لأن لا تارة تزاد في الكلام وتارة تحذف عنه

قال الله تعالى ﴿ يبين الله لكم أن تضلوا ﴾ أي لا تضلوا فكان معنى الكلام أنه سئل عما لا يلبسه المحرم فقال لا يلبس المحرم كذا وكذا فكان **الجواب** مطابقا للسؤال

والثاني يحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم علم غرض السائل ومراده أنه طلب منه بيان ما لا يلبسه المحرم بعد إحرامه إما بقرينة حاله أو بدليل آخر أو بالوحي فأجاب عما في ضميره من غرضه ومقصوده

ونظيره قوله تعالى خبرا عن إبراهيم عليه الصلاة والسلام ﴿ رب اجعل هذا بلدا آمنا وارزق أهله من الثمرات من آمن منهم بالله واليوم الآخر ﴾

---

(١) ".

"أصل الحظر

والثاني أن حكم الطلاق زوال الحل وهو حل المحلية فيتقدر بقدر الحل وحل الأمة أنقص من حل الحرة لأن الرق ينقص الحل لأن الحل نعمة لكونه وسيلة إلى النعمة وهي مقاصد النكاح والوسيلة إلى النعمة نعمة وللرق أثر في نقصان النعمة ولهذا أثر في نقصان المالكية حتى يملك الحر التزوج بأربع نسوة والعبد لا يملك التزوج إلا بامرأتين

وأما الحديثان فقد قيل أنهما غريبان ثم أنهما من الآحاد ولا يجوز تقييد مطلق الكتاب العزيز بخبر الواحد ولا معارضة الخبر المشهور به ثم نقول لا حجة فيهما أما الأول فلأن قوله الطلاق بالرجال الصاق الاسم بالاسم فيقتضي ملصقا محذوفا والملصق المحذوف يحتمل أن يكون هو الإيقاع ويحتمل أن يكون هو الاعتبار فلا يكون حجة مع الاحتمال

وقوله الإيقاع لا يشكل ممنوع بل قد يشكل وبيان **الإشكال** من وجهين أحدهما أن النكاح مشترك بين الزوجين في الانعقاد

والأصل في كل عقد كان انعقاده بعاقدين أن يكون ارتفاعه بهما أيضا كالبيع والإجارة ونحوهما

---

(١) بدائع الصنائع، ١٨٣/٢

والثاني أنه مشترك بينهما في الأحكام والمقاصد فيشكل أن يكون الإيقاع بهما على الشركة فحل **الإشكال** بقوله الطلاق بالرجال

وأما الثاني ففيه أن العبد يطلق ثنتين وهذا لا ينفي الثالثة كما يقال فلان يملك درهمين وقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الأمة ثنتان إضافة الطلاق إلى الأمة والإضافة للاختصاص فيقتضي أن يكون الطلاق المختص بالأمة ثنتان ولو ملك الثالثة عليها لبطل الاختصاص ومثاله قول القائل مال فلان درهمان أنه ينفي الزيادة لما قلنا كذا هذا وقد خرج **الجواب** عن قوله إن الحل في جانبها ليس بنعمة لأنا بينا أنه نعمة في حقها أيضا لكونه وسيلة إلى النعمة والملك في باب النكاح ليس بمقصود بل هو وسيلة إلى المقاصد التي هي نعم والوسيلة إلى النعمة نعمة والله تعالى أعلم

فصل وأما بيان ركن الطلاق فركن الطلاق هو اللفظ الذي جعل دلالة على معنى الطلاق لغة وهو التخلية والإرسال ورفع القيد في الصريح وقطع الوصلة ونحوه في الكناية أو شرعا وهو إزالة حل المحلية في النوعين أو ما يقوم مقام اللفظ أما اللفظ فمثل أن يقول في الكناية أنت بائن أو ابنتك أو يقول في الصريح أنت طالق أو طلقتك وما يجري هذا المجرى إلا أن التطليق والطلاق في العرف يستعملان في المرأة خاصة والإطلاق يستعمل في غيرها يقال في المرأة طلق يطلق تطليقا وطلاقا وفي البعير والأسير ونحوهما يقال أطلق يطلق إطلاقا وإن كان المعنى في اللفظين لا يختلف في اللغة ومثل هذا جائز كما يقال حصان وحصان وعديل وعدل فالحصان بفتح الحاء يستعمل في المرأة وبالخفض يستعمل في الفرس وإن كانا يدلان على معنى واحد لغة وهو المنع والعديل يستعمل في الآدمي والعدل فيما سواه وإن كانا موجودين في المعادلة في اللغة كذا هذا

ولهذا قالوا إن من قال لامرأته أنت مطلقة

مخففا يرجع إلى نيته لأن الإطلاق في العرف يستعمل في إثبات الانطلاق عن الحبس والقيد الحقيقي فلا يحمل على القيد الحكمي إلا بالنية ويستوي في الركن ذكر التطليقة وبعضها حتى لو قال لها أنت طالق بعض تطليقة أو ربع تطليقة أو ثلث تطليقة أو نصف تطليقة أو جزأ من ألف جزء من تطليقة يقع تطليقة كاملة وهذا على قول عامة العلماء

وقال ربيعة الرأي لا يقع عليها شيء لأن نصف تطليقة لا يكون تطليقة حقيقة بل هو بعض تطليقة وبعض الشيء ليس عين ذلك الشيء إن لم يكن له غيره

ولنا أن الطلاق لا يتبعض وذكر البعض فيما لا يتبعض ذكر لكله كالعفو عن بعض القصاص أنه يكون عفوا عن الكل

ولو قال أنت طالق طلقة واحدة ونصف أو واحدة وثلث طلقت اثنتين لأن البعض من تطليقة تطليقة كاملة فصار كأنه قال أنت طالق اثنتين بخلاف ما إذا قال أنت طالق واحدة ونصفها أو ثلثها أنه لا يقع إلا واحدة لأن هناك أضاف النصف إلى الواحدة الواقعة والواقع لا يتصور وقوعه ثانيا وهنا ذكر نصفا (((نصا))) منكرا غير مضاف إلى واقع فيكون إيقاع تطليقة أخرى

ولو قال أنت طالق سدس تطليقة أو ثلث تطليقة أو نصف تطليقة أو ثلثي تطليقة فهو ثلاث لما ذكرنا أن كل جزء من التطليقة تطليقة كاملة

هذا إذا كانت مدخولا بها فإن كانت غير مدخول بها فلا تقع إلا واحدة لأنها بانت بالأولى كما إذا قال أنت طالق وطالق وطالق

ولو قال أنت طالق سدس تطليقة وثلثها ونصفها بعد أن لا يتجاوز العدد عن واحدة لو جمع ذلك فهو تطليقة واحدة ولو تجاوز بأن قال أنت طالق سدس تطليقة وربعها

---

(١) ".

"أنك طالق وأخبرك أن عليك ألف درهم

ولو قالت المرأة لزوجها طلقني ثلاثا على ألف درهم فطلقها ثلاثا يقع عليها ثلاث تطليقات بألف وهذا مما لا **إشكال** فيه ولو طلقها واحدة وقعت واحدة رجعية بغير شيء في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقع واحدة بائنة بثلث الألف ولو قالت طلقني ثلاثا بألف درهم فطلقها ثلاثا يقع ثلاثة بألف درهم لا شك فيه ولو طلقها واحدة وقعت واحدة بائنة بثلث الألف في قولهم جميعا

وجه قولهما أن كلمة على في المعاملات وحرف الباء سواء يقال بعت عنك بألف وبعت منك على ألف ويفهم من كل واحدة منهما كون الألف بدلا وكذا قول الرجل لغيره أحمل هذا الشيء إلى بيتي على درهم وقوله بدرهم سواء حتى يستحق البدل فيهما جميعا

والأصل أن أجزاء البدل تنقسم على أجزاء المبدل إذا كان متعددا في نفسه فتنقسم الألف على الثلاث فيقع واحدة بثلث الألف كما لو ذكرت بحرف الباء فكانت بائنة لأنها طلاق بعوض

ولأبي حنيفة أن كلمة على كلمة شرط فكان وجود الطلقات الثلاث شرطا لوجوب الألف فكانت الطلقة الواحدة بعض الشرط والحكم لا يثبت بوجود بعض الشرط فلما لم يطلقها ثلاثا لا يستحق شيئا من الألف بخلاف حرف الباء فإنه حرف مبادلة فيقتضي انقسام البدل على المبدل فتنقسم الألف على التطليقات الثلاث فكان بمقابلة كل واحدة ثلث الألف ولا يشكل هذا القدر بما إذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا بألف فطلقت نفسها واحدة أنه لا يقع شيء لأن الزوج لم يرض بالبينونة إلا بكل الألف فلا يجوز وقوع البينونة ببعضها فإذا أمرته بالطلاق فقالت طلقني ثلاثا بألف درهم فقد سألت الزوج أن يبينها بألف وقد أبانها بأقل من ذلك فقد زادها خيرا **والإشكال** أنها سألته الإبانة الغليظة بألف ولم يأت بها بل أتى بالخفيفة ولعل لها غرضا في الغليظة **والجواب** أن غرضها في استيفاء مالها مع حصول البينونة التي وضع لها الطلاق أشد

وأما قولهما أن كلمة على تستعمل في الأبدال فنعم لكن مجازا لا حقيقة ولا تترك الحقيقة إلا لضرورة وفي البيع ونحوه ضرورة ولا ضرورة في الطلاق على ما بينا على أن اعتبار الشرط يمنع الوجوب لما بينا واعتبار البدل يوجب فيقع الشك في

---

(١) بدائع الصنائع، ٣/٩٨

الوجوب فلا يجب مع الشك ولو قالت امرأتان له طلقنا بألف درهم أو على درهم فطلقهما يقع الطلاق ثلاثا عليهما بالألف وهذا لا يشكل ولو طلق إحداهما وقع الطلاق عليها بحصتها من الألف بالإجماع

والفرق لأبي حنيفة بين هذه المسألة وبين مسألة الخلاف أنه لا غرض لكل واحدة من المرأتين في طلاق الأخرى فلم يعتبر معنى الشرط وللمرأة غرض في اجتماع تطليقاتها لأن ذلك أقوى للتحريم لثبوت البينونة الغليظة بها فاعتبر معنى الشرط

ولو قالت طلقني واحدة بألف فقال أنت طالق ثلاثا وقع الثلاث مجانا بغير شيء في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقع ثلاث تطليقات كل واحدة منها بألف وهذه فريعة أصل ذكرناه فيما تقدم وهو أن من أصل أبي حنيفة أن الثلاث لا تصلح **جوابا** للواحدة فإذا قال ثلاثا فقد عدل عما سألته فصار مبتدئا بالطلاق فتقع الثلاث بغير شيء ومن أصلهما أن في الثلاث ما يصلح **جوابا** للواحدة لأن الواحدة توجد في الثلاث فقد أتى بما سألته وزيادة فيلزمها الألف كأنه قال أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة ولو قالت طلقني واحدة بألف فقال أنت طالق ثلاثا بألف وقف على قبولها عند أبي حنيفة إن قبلت جاز وإلا بطل لأنه عدل عما سألته فصار مبتدئا طلاقا بعوض فيقف على قبولها وعند أبي يوسف ومحمد يقع الثلاث واحدة منها بألف كما سألت واثنتان بغير شيء

وحكى الجصاص عن الكرخي أنه قال رجع أبو يوسف في هذه المسألة إلى قول أبي حنيفة وذكر أبو يوسف في الأمالي أن الثلاث يقع واحدة منها بثلث الألف والاثنتان تقفان على قبول المرأة

قال القدوري وهذا صحيح على أصلهما لأنها جعلت في مقابلة الواحدة ألفا فإذا أوقعها بثلث الألف فقد زادها خيرا وابتدأ تطليقتين بثلثي الألف فوقف ذلك على قبولها والله أعلم

فصل وأما الذي يرجع إلى نفس الركن فمنها أن لا يلحقه استثناء أصلا ورأسا سواء كان وضعيا أو عرفيا عند عامة العلماء

وعند مالك الاستثناء العرفي لا يمنع وقوع الطلاق وسنذكر المسألة إن شاء الله تعالى والكلام في هذا الشرط يقع في مواضع في بيان أنواع الاستثناء وفي بيان ماهية كل نوع وفي بيان شرائط صحته

أما الأول فالاستثناء في

---

(١) ".

"بألف بأن قال كل واحد منهما قبلت بألف درهم أو قال قبلت ولم يقل بألف أو قالا ما قبلنا بألف أو قالا قبلنا ولم يذكرا الألف عتق أحدهما بألف لوجود شرط العتق وهو قبول كل واحد منهما الألف ويقال للمولى اختر العتق في أحدهما لأنه هو الذي أجمل العتق فكان البيان إليه فإيهما اختار عتق ولزمته الألف فإن مات قبل البيان يعتق من كل واحد منهما نصفه بخمسمائة ويسعى في نصف قيمته لأنه لما مات قبل البيان وقد شاع عتق رقبة فيهما فيقسم عليهما نصفين

---

(١) بدائع الصنائع، ١٥٣/٣

ولو قال أحدكما حر بألف درهم فقبلا ثم قال أحدكما حر بألف درهم أو قال أحدكما حر بغير شيء فاللفظ الثاني لغو لأنهما لما قبلا العتق بالإيجاب الأول فقد نزل العتق في أحدهما لوجود شرط النزول وهو قبولهما فالإيجاب الثاني يقع جمعا بين حر وعبد فلا يصح ولو لم يقبلا ثم قال أحدكما حر بغير شيء عتق أحدهما باللفظ الثاني بغير شيء لأنهما لما لم يقبلا لم ينزل العتق بالإيجاب الأول فصح الإيجاب الثاني وهو تنجيز العتق على أحدهما غير عين فيقال للمولى اصرف اللفظ الثاني إلى أحدهما فإذا صرفه إلى أحدهما عتق ذلك بغير شيء لأن التنجيز حصل بغير بدل

وأما الآخر فإن قبل البدل في المجلس يعتق وإلا فلا لأن الإيجاب الأول وقع صحيحا لحصوله بين عبدين وتعلق العتق بشرط القبول وقد وجد فيه ضرب **إشكال** وهو أن شرط وجوب الحرية لأحدهما هو قبولهما ولم يوجد ههنا إلا قبول أحدهما فينبغي أن لا يعتق العبد الآخر

والجواب أن الإيجاب أضيف إلى أحدهما ألا ترى (((يرى))) أنه قال أحدكما حر وقد وجد القبول من أحدهما ههنا إلا أنه إذا لم ينجز عتق أحدهما يتوقف عتق أحدهما على قبولهما جميعا لاحتمال أنه أراد به الآخر فإذا عينه في التخيير علم أنه ما أراده بالإيجاب الأول لأن الإعتاق من المعتق لا يتصور فتعين الآخر للقبول وقد قيل (((قبل))) فيعتق ولو قبلا جميعا قبل البيان عتقا لأن العتق لم ينزل بالإيجاب الأول لأنه تعليق العتق بشرط القبول فلا ينزل قبل وجود الشرط فيصح الإيجاب الثاني فإذا قبلا جميعا فقد تيقنا بعتقهما لأن أيهما أريد بالإيجاب الأول عتق بالقبول وأيهما أريد بالإيجاب الثاني عتق من غير قبول لأنه إيجاب بغير بدل فكان عتق كل واحد منهما متيقنا به لكن عتق أحدهما بالإيجاب الأول وعتق الآخر بالإيجاب الثاني فيعتقان ولا يقضي عليهما بشيء لأن أحدهما وإن عتق بالإيجاب يبدل (((ببدل))) إلا أنه مجهول والقضاء بإيجاب المال على المجهول متعذر كرجلين قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم أنه لا يلزمهما بهذا الإقرار شيء لكون المقضي عليه مجهولا كذا هذا

ولو لم يقبلا جميعا ولكن قيل (((قبل))) أحدهما لا يعتق إلا أحدهما لوجود شرط عتق أحدهما وهو قبول أحدهما في هذه الصورة لما بينا من الفقه ثم إن صرف المولى اللفظ الثاني إلى غير القابل عتق غير القابل بغير شيء وعتق القابل بألف وإن صرف اللفظ الثاني إلى القابل عتق القابل بغير شيء وعتق غير القابل باللفظ الأول بألف إن قبل في المجلس لأن القابل منهما يعتق بالإيجاب الأول وأنه إيجاب ببدل فيعتق ببدل وغير القابل يعتق بالإيجاب الثاني وإنه إيجاب بغير بدل فيعتق بغير بدل

ولو قال لعبديه أحدكما حر بغير شيء ثم قال أحدكما حر بألف درهم فالكلام الثاني لغو لأن أحدهما عتق بالإيجاب الأول لوجود تنجيز العتق في احدهما فالثاني يقع جمعا بين الحر والعبد فيبطل

ولو قال أحدكما حر بألف درهم فقبل أن يقبلا قال أحدكما حر بمائة دينار فإن قبل كل واحد منهما العتق بأحد المالين بأن قبل أحدهما بألف درهم وقبل الآخر بمائة دينار أو قبل أحدهما بالمالين ولم يقبل الآخر أو قبل أحدهما بالمالين وقبل الآخر بمال واحد لا يعتق واحد منهما لأن للمولى أن يجمع المالين على أحدهما فيقول عنيتك بالمالين أو يقول عنيت غيرك فلا يثبت العتق مع الشك فإن قبلا جميعا بالمالين بأن قال كل واحد منهما قبلت بالمالين أو قالا جميعا قد قبلنا يخير

المولى فيقال له إما أن تصرف اللفظين جميعا إلى أحدهما فتجمع المالين عليه فيعتق بالمالين ويبقى الآخر رقيقا وإما أن تصرف أحد اللفظين إلى أحدهما والآخر إلى صاحبه فيعتق أحدهما بألف درهم والآخر بمائة دينار لأن الإيجابين وقعا صحيحين

أما الأول فلا شك فيه ولأنه أضيف إلى أحد العبدين وكذا الثاني لأن الإيجاب الأول لم يتصل به القبول والعتق معلق بالقبول فالإيجاب الثاني حصل مضافا إلى أحد عبدين فيصح ومتى صح الإيجاب الثاني فيحتمل أنه عنى به من عناه بالإيجاب الأول ويحتمل أنه عنى به العبد الآخر لذلك

". (١)

"حتى انكسر يضمن عند أصحابنا الثلاثة

وكذلك الراعي المشترك إذا ساق الدواب على السرعة فازدحمن على القنطرة أو على الشط فدفع بعضها بعضا فسقط في الماء فعطب فعلى هذا الخلاف ولو تلفت دابة بسوقه أو ضربه إياها فإن ساق سوقا معتادا أو ضرب ضربا معتادا فعطبت فهو على الاختلاف وإن ساق أو ضرب سوقا وضربا بخلاف العادة يضمن بلا خلاف لأن ذلك إتلاف على طريق التعدي ثم إذا تخرق الثوب من عمل الأجير حتى ضمن لا يستحق الأجرة لأنه ما أوفى المنفعة بل المضرة لأن إيفاء المنفعة بالعمل المصلح دون المفسد وفي الحمال إذا وجب ضمان المتاع المحمول فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي سلمه إليه وإن شاء في الموضع الذي فسد أو هلك وأعطاه الأجر إلى ذلك الموضع

وروي عن أبي حنيفة أنه لا خيار له بل يضمنه قيمته محمولا في الموضع الذي فسد أو هلك أما التخيير على أصل أبي يوسف ومحمد فظاهر لأنه وجد جهتا الضمان القبض والإتلاف فكان له أن يضمنه بالقبض يوم القبض وله أن يضمنه بالإتلاف يوم الإتلاف

أما على أصل أبي حنيفة ففيه **إشكال**

لأن عنده الضمان يجب بالإتلاف لا بالقبض فكان لوجوب الضمان سبب واحد وهو الإتلاف فيجب أن تعتبر قيمة يوم الإتلاف ولا خيار فيما يروى عنه

والجواب عنه من وجهين أحدهما أنه وجد ههنا سببان لوجوب الضمان أحدهما الإتلاف

والثاني العقد لأن الأجير بالعقد السابق التزم الوفاء بالمعقود عليه وذلك بالعمل المصلح وقد خالف والخلاف من أسباب وجوب الضمان فثبت له الخيار إن شاء ضمنه بالعقد وإن شاء بالإتلاف والثاني أنه لما لم يوجد منه إيفاء المنفعة في القدر التالف فقد تفرقت عليه الصفقة في المنافع فيثبت له الخيار إن شاء رضي بتفريقها وإن شاء فسخ العقد ولا يكون ذلك إلا بالتخيير ولو كان المستأجر على حمله عبيدا صغارا أو كبارا فلا ضمان على المكاري فيما عطب من سوقه ولا قوده ولا يضمن بنو آدم من وجه الإجارة ولا يشبه هذا المتاع لأن ضمان بني آدم ضمان جناية وضمان الجناية لا يجب

---

(١) بدائع الصنائع، ٤/٧٨

بالعقد دلت هذه المسألة على أن ما يضمنه الأجير المشترك يضمنه بالعقد لا بالإفساد والإتلاف لأن ذلك يستوي فيه المتاع والآدمي وإن وجوب الضمان فيه بالخلاف لا بالإتلاف

وذكر بشر في نوادره عن أبي يوسف في القصار إذا استعان بصاحب الثوب ليدق معه فتخرق ولا يدري من أي الدق تخرق وقد كان صحيحا قبل أن يدقاه قال على القصار نصف القيمة

وقال ابن سماعة عن محمد أن الضمان كله على القصار حتى يعلم أنه تخرق من دق صاحبه أو من دقهما فمحمد مر على أصلهما أن الثوب دخل في ضمان القصار بالقبض بيقين فلا يخرج عن ضمانه إلا بيقين مثله وهو أن يعلم أن التخرق حصل بفعل غيره

ولأبي يوسف أن الفساد احتمل أن يكون من فعل القصار واحتمل أنه من فعل صاحب الثوب فيجب الضمان على القصار في حال ولا يجب في حال فلزم اعتبار الأحوال فيه فيجب نصف القيمة وقالوا في تلميذ الأجير المشترك إذا وطيء ثوبا من القصار (((القصارة))) فخرقه يضمن لأن وطء الثوب غير مأذون فيه ولو وقع من يده سراج فأحرق ثوبا من القصارة فالضمان على الأستاذ ولا ضمان على التلميذ لأن الذهاب والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه فينتقل عمله إلى الأستاذ كأنه فعله بنفسه فيجب الضمان عليه

ولو دق الغلام فانقلب الكودين من غير يده فخرق ثوبا من القصارة فالضمان على الأستاذ لأن هذا من عمل القصارة فكان مضافا إلى الأستاذ فإن كان ثوبا وديعة عند الأستاذ فالضمان على الغلام لأن عمله إنما يضاف إلى الأستاذ فيما يملك تسليطه عليه واستعماله فيه وهو إنما يملك ذلك في ثياب القصارة لا في ثوب الوديعة فبقي مضافا إليه فيجب عليه الضمان كالأجنبي وكذلك لو وقع من يده سراج على ثوب الوديعة فأحرقه فالضمان على الغلام لما قلنا

وذكر في الأصل لو أن رجلا دعى (((دعا))) قوما إلى منزله فمشوا على بساطه فتخرق لم يضمنوا وكذلك لو جلسوا على وسادة لأنه مأذون في المشي على البساط والجلوس على الوسادة فالمتولد منه لا يكون مضمونا ولو وطئوا آنية من الأواني ضمنوا لأن هذا مما لا يؤذن في وطئه فكذلك إذا وطؤا (((وطئوا))) ثوبا لا يبسط مثله ولو قلبوا إناء بأيديهم فانكسر لم يضمنوا لأن ذلك عمل مأذون فيه ولو كان رجل منهم مقلدا سيفا فخرق السيف الوسادة لم يضمن

لأنه مأذون في الجلوس على هذه الصفة ولو جفف القصار ثوبا على حبل في الطريق فمرت عليه حمولة فخرقته فلا ضمان

". (١)

"معلومة ثم إن وجدها كما سمى فالأمر ماض ولا خيار للمشتري وإن وجدها أزيد من مائة قفيز فالزيادة لا تسلم للمشتري بل ترد إلى البائع ولا يكون للمشتري إلا قدر ما سمى وهو مائة قفيز ولا خيار له وإن وجدها أقل من مائة قفيز فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وطرح حصة النقصان وإن شاء تركها وأصل هذا أن الزيادة فيما لا ضرر

---

(١) بدائع الصنائع، ٢١٢/٤

في تبعيضه لا تجري مجرى الصفة بل هي أصل فلا بد وأن يقابله الثمن ولا ثمن للزيادة فلا يدخل في البيع فكان ملك البائع فيرد إليه والنقصان فيه نقصان الأصل لا نقصان الصفة فإذا وجدها أنقص مما سمى نقص من الثمن حصة النقصان

وإن شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه لأنها وقعت على مائة قفيز ولم تسلم له فأوجب خللا في الرضا فيثبت له خيار الترك وكذا **الجواب** في الموزونات التي ليس في تنقيصها ضرر لأن الزيادة فيها لا تجري مجرى الصفة بل هي أصل بنفسها وكذلك المعدودات المتقاربة

وأما المذروعات من الثوب والأرض والخشب وغيرها

فإن سمي لجملة الذرعان ثمنا واحدا ولم يسم لكل ذراع منها على حدة بأن قال بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم فالبيع جائز لأن المبيع وثمنه معلومان ثم إن وجده مثل ما سمى لزمه الثوب بعشرة دراهم ولا خيار له وإن وجده أحد عشر ذراعا فالزيادة سالمة للمشتري وإن وجده تسعة أذرع لا يطرح لأجل النقصان شيئا من الثمن وهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك فرق بينهما وبين المكيلات والموزونات التي ليس في تنقيصها ضرر والعدديات المتقاربة

ووجه الفرق أن زيادة الذرع في الذرعيات جارية مجرى الصفة كصفة الجودة والكتابة والخياطة ونحوها والثمن يقابل الأصل لا الصفة والدليل على أنها جارية مجرى الصفة إن وجودها يوجب جودة في الباقي وفواتها يسلب صفة الجودة ويوجب الرداءة فتلحق الزيادة بالجودة والنقصان بالرداءة حكما

والجودة والرداءة صفة والصفة ترد على الأصل دون الصفة إلا أن الصفة تملك تبعا للموصوف لكونها تابعة قائمة به فإذا زاد صار كأنه اشتراه رديئا فإذا هو جيد كما إذا اشترى عبدا على أنه ليس بكاتب أو ليس بخياط فوجده كاتبا أو خياطا أو اشترى عبدا على أنه أعور فوجده سليم العينين أو اشترى جارية على أنها ثيب فوجدها بكرا تسلم له ولا خيار للبائع كذا هذا

وإذا نقص صار كأنه اشتراه على أنه جيد فوجده رديئا أو اشترى عبدا على أنه كاتب أو خباز أو صحيح العينين فوجده غير كاتب ولا خباز ولا صحيح العينين أو اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيبا لا يطرح شيئا من الثمن لكن يثبت له الخيار كذا هذا بخلاف المكيلات والموزونات التي لا ضرر فيها إذا نقصت والمعدودات المتقاربة لأن الزيادة فيها غير ملحقة بالأوصاف لأنها أصل بنفسها حقيقة والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن إلا أنها ألحقت بالصفة في المذروعات ونحوها لأن وجودها يوجب الجودة والكمال للباقي وفواتها يوجب النقصان والرداءة له وهذا المعنى ههنا منعدم فبقيت أصلا بنفسها حقيقة وإن سمى لكل ذراع منها ثمنا على حدة بأن قال بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فالبيع جائز لما قلنا ثم إن وجده مثل ما سمى فالأمر ماض ولزمه الثوب كل ذراع بدرهم وإن وجده أحد عشر ذراعا فهو بالخيار إن شاء أخذ كله بأحد عشر درهما وإن شاء ترك وإن وجده تسعة أذرع فهو بالخيار إن شاء طرح حصة النقصان درهما وأخذه بتسعة دراهم وإن شاء ترك لتفرق الصفقة عليه وهذا يشكل على الأصل الذي ذكرنا أن زيادة الذرع في المزروعات (((المذروعات))) تجري مجرى الصفة لها لأن الثمن يقابل الأصل دون الوصف فينبغي أن تكون الزيادة سالمة للمشتري

ولا خيار له ولا يطرح لأجل النقصان شيئا كما في الفصل الأول لأن الثمن يقابل الأصل دون الصفة بمنزلة زيادة الجودة ونقصان الرداءة على ما ذكرنا

وحل هذا **الإشكال** أن الذرع في المزروعات (((المذروعات))) إنما يجري مجرى الصفة على الإطلاق إذا لم يفرد كل ذراع بثمن على حدة

فإما إذا أفرد به فلا يجري مجرى الصفة مطلقا بل يكون أصلا من وجه وصفة من وجه فمن حيث أن التبعيض فيها يوجب تعيب (((تعييب))) الباقي كانت الزيادة صفة بمنزلة صفة الجودة ومن حيث إنه سمى لكل ذراع ثمنا على حدة كان كل ذراع معقودا عليه فكانت الزيادة أصلا من وجه صفة من وجه فمن حيث إنها صفة كانت للمشتري لأن الثمن يقابل الأصل

---

(١) ".

"واقتسما ما بقي من المال أثلاثا وعلى قوله الأول يأخذ رب المال ألفي درهم ويأخذ ثلثي الألف الأخرى لما بينا

وإن كان في يد المضارب قدر ما ذكر أنه قبض من رأس المال أو أقل ولم يكن في يده أكثر مما أقر فالقول قول المضارب عندهم جميعا لأنه لا سبيل إلى قبول قول رب المال في إيجاب الضمان على المضارب فإن جاء المضارب بثلاثة آلاف فقال ألف رأس المال وألف ربح وألف وديعة لآخر أو مضاربة لآخر أو بضاعة لآخر أو شركة لآخر أو على ألف دين فالقول في الوديعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب في الأقاويل كلها لأن من في يده شيء فالظاهر أنه له إلا أن يعترف به لغيره ولم يعترف لرب المال بهذه الألف فكان القول قوله فيها وكل من جعلنا القول قوله في هذا الباب فهو مع يمينه ومن أقام منهما بينة على ما يدعي من فضل فالبينة بينة كل واحد منهما تثبت زيادة فبينة رب المال تثبت زيادة في رأس المال وبينة المضارب تثبت زيادة في الربح

وقال محمد رحمه الله إذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم

وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول المضارب لأنهما اتفقا على شرط الثلث وادعى رب المال زيادة لا منفعة له فيها إلا فساد العقد فلا يقبل قوله وإن قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لأنها تثبت زيادة شرط ولو قال رب المال شرطت لك الثلث إلا عشرة

وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول رب المال لأنه أقر له ببعض الثلث والمضارب يدعي تمام الثلث فلا يقبل قوله في زيادة شرط الربح وفي هذا نوع **إشكال** وهو أن المضارب يدعي صحة العقد ورب المال يدعي فساده فينبغي أن يكون القول قول المضارب

والجواب أن دعوى رب المال وإن تعلق به فساد العقد لكنه منكر لزيادة يدعيها المضارب فيعتبر إنكاره لأنه مفيد في الجملة

---

(١) بدائع الصنائع، ١٦٠/٥

ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب شرطت لي مائة درهم أو لم تشترط لي شيئا ولي أجر المثل فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعي أجرا واجبا في ذمة رب المال ورب المال ينكر ذلك فيكون القول قوله

فإن أقام رب المال البينة على شرط النصف وأقام المضارب البينة على أنه لم يشترط له شيئا فالبينة بينة رب المال لأنها مثبتة للشرط وبينة المضارب نافية والمثبتة أولى

ولو أقام المضارب البينة أنه شرط له مائة درهم فبينته أولى لأن البينتين استويا في إثبات الشرط وبينة المضارب أوجبت حكما زائدا وهو إيجاب الأجر على رب المال فكانت أولى

وذكر الكرخي رحمه الله أنهم جعلوا حكم المزارعة في هذا الباب حكم المضاربة إلا في هذا الفصل خاصة وهو أنه إذا أقام رب الأرض والبذر البينة على أنه شرط للعامل نصف الخارج وقال العامل شرطت لي مائة قفيز فالبينة بينة الدافع وفي المضاربة البينة بينة المضارب والفرق بينهما أن المزارعة عقد لازم في جانب العامل بدليل أن من لا بذر له من جهته لو امتنع من العمل يجبر عليه فرجحنا بينة من يدعي الصحة والمضاربة ليست بلازمة فإن المضارب لو امتنع من العمل لا يجبر عليه فلم يقع الترجيح بالتصحيح فرجحنا بإيجاب الضمان وهو الأجر

ولو قال رب المال دفعت إليك بضاعة

وقال المضارب مضاربة بالنصف أو مائة درهم فالقول قول رب المال لأن المضارب يستفيد الربح بشرطه وهو منكر فكان القول قوله إنه لم يشترط ولأن المضارب يدعي استحقاقا في مال الغير فالقول قول صاحب المال

ولو قال المضارب أقرضتني المال والربح لي

وقال رب المال دفعت إليك مضاربة أو بضاعة فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعي عليه التمليك وهو منكر فإن أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لأنها تثبت التمليك ولأنه لا تنافي بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة أو مضاربة ثم أقرضه

ولو قال المضارب دفعت إلي مضاربة وقال رب المال أقرضتك فالقول قول المضارب لأنهما اتفقا على أن الأخذ كان بإذن رب المال ورب المال يدعي على المضارب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله فإن قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال لأنها تثبت أصل الضمان

ولو جحد المضارب المضاربة أصلا ورب المال يدعي دفع المال إليه مضاربة فالقول قول المضارب لأن رب المال يدعي عليه قبض ماله وهو ينكر فكان القول قوله

ولو جحد ثم أقر فقد قال ابن سماعة في نوادره سمعت أبا يوسف قال في رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة ثم طلبه منه فقال لم تدفع إلي شيئا ثم قال بلى أستغفر الله العظيم قد دفعت إلي ألف درهم مضاربة فهو ضامن للمال لأنه أمين والأمين إذا جحد الأمانة ضمن كالمودع وهذا لأن عقد

". (١)

"الآدمي نصفه فذهب قدر ما فيها من الدين وهو نصف نصف الدين وهو ربع الكل وبقي الولد رهنا ببقية الدين وهو ثلاثة الأربا ع

فأما إذا اعورت ثم ولدت ففيه **إشكال** من حيث الظاهر وهو أن قبل الإعورار كان كأن كل الدين فيها وبالإعورار ذهب النصف وبقي النصف فإذا ولدت ولدا فينبغي أن يقسم النصف الباقي من الدين على الجارية العوراء وعلى ولدها أثلاثا الثلثان على الولد والثلث على الأم

والجواب أن ذهاب نصف الدين بالإعورار لم يكن حتما بل على التوقف على تقدير عدم الولادة فإذا ولدت تبين أنه لم يكن ذهب بالإعورار إلا ربع الدين لأن الزيادة تجعل كأنها موجودة لدى العقد فصار كأنها ولدت ثم اعورت ولو هلك الولد وقد اعورت الأم قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين بالإعورار لأن الولد لما هلك التحق بالعدم وجعل كأن لم يكن وعادت حصته إلى الأم وتبين أن الأم كانت رهنا بجميع الدين فإذا اعورت ذهب بالاعورار نصفه وبقي النصف الآخر

ولو لم يهلك ولكنه اعور لم (((ولم))) يسقط باعوراره شيء من الدين لأنه لو هلك لا يسقط فإذا اعور أولى لكن تلك القسمة التي كانت من حيث الظاهر تتغير لأنها تحتمل التغيير بتغير قيمة الولد إلى الزيادة والنقصان لما ذكرنا فيما تقدم

وعلى هذا تخرج الزيادة في الرهن إنها مضمونة على أصل أصحابنا الثلاثة بأن رهن جارية ثم زاد عبدا لأن هذه زيادة مقصودة لورود فعل الرهن عليها مقصودا فكانت مرهونة أصلا لا تبعا فكانت مضمونة ويقسم الدين على المزيد عليه والزيادة

وجملة الكلام في كيفية الانقسام أن الراهن لا يخلو إما إن زاد في الرهن وليس في الرهن نماء

وإما إن كان فيه نماء فإن لم يكن فيه نماء يقسم الدين على المزيد عليه والزيادة على قدر قيمتها حتى لو كانت قيمة الجارية ألفا وقيمة العبد ألف والدين ألف كان الدين فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة

ولو كانت قيمة العبد الزيادة خمسمائة كان الدين فيهما أثلاثا الثلثان في العبد والثلث في الجارية وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين لأن كل واحد منهما مرهون مقصودا لا تبعا إلا أنه تعتبر قيمة المزيد عليه يوم العقد وهو يوم قبضه وقيمة الزيادة يوم الزيادة وهو يوم قبضها ولا يعتبر تغير قيمتها بعد ذلك لأن الزيادة والنقصان كل واحد منهما إنما دخل في الضمان بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض والقبض لم يتغير بتغير القيمة فلا تتغير القسمة بخلاف زيادة الرهن وهي نماؤه إن القسمة تتغير بتغير قيمتها لأنها مرهونة تبعا لا أصلا والمرهون تبعا لا يأخذ حصة من الضمان إلا بالفكاك فتعتبر قيمتها يوم الفكاك فكانت القسمة قبله محتملة للتغير

ولو نقص الرهن الأصلي في يده حتى ذهب قدره من الدين ثم زاده الراهن بعد ذلك رهنا آخر يقسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت نحو ما إذا رهن جارية قيمتها ألف بألف فاعورت حتى ذهب نصف

---

(١) بدائع الصنائع، ١١٠/٦

الدين وبقي النصف ثم زاد الراهن عبدا قيمته ألف يقسم النصف الباقي على قيمة الجارية عوراء وعلى قيمة العبد الزيادة أثلاثا فيكون ثلثا هذا النصف وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث في العبد الزيادة والثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان في الجارية

فرق بين الزيادة في الرهن وزيادة الرهن وهي نماؤه بأن اعورت الجارية ثم ولدت ولدا قيمته ألف أن الدين يقسم على قيمة الجارية يوم القبض صحيحة وعلى قيمة الولد يوم الفكاك نصفين فيكون في كل واحد منهما خمسمائة ثم ما أصاب الأم وهو النصف ذهب بالإعورار نصفه وهو مائتان وخمسون وبقي ثلاثة أرباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون في الأم والولد ثلثا ذلك خمسمائة في الولد وثلث ذلك مائتان وخمسون في الأم وفي الزيادة على الرهن يبقى الأصل والزيادة بنصف الدين

ووجه الفرق بين الزيادتين أن حكم الرهن في هذه الزيادة وهي الزيادة على الرهن ثبت بطريق الأصالة لا بطريق التبعية لكونها زيادة مقصودة لورود فعل العقد عليها مقصودا فيعتبر في القسمة ما بقي من الدين وقت الزيادة ولم يبق وقت الزيادة إلا النصف فيقسم ذلك النصف عليهما على قدر قيمتهما بخلاف زيادة الرهن لأنها ليست بمرهونة مقصودا لانعدام وجود الرهن فيها مقصودا بل تبعا للأصل لكونها متولدة منه فيثبت حكم الرهن فيها تبعا للأصل كأنها متصلة به فتصير كأنها موجودة عند العقد فكان الثابت في الولد غير ما كان ثابتا في الأم فيعتبر في القسمة قيمة الأم يوم القبض

وكذلك لو قضى الراهن للمرتهن من الدين خمسمائة ثم زاده في الرهن

". (١)

"دفع مرتد أرضه مزارعة إلى مسلم فأما إذا دفع مسلم أرضه مزارعة إلى مرتد فهذا على وجهين أيضا إما إن دفع الأرض والبذر جميعا أو دفع الأرض دون البذر فإن دفعهما جميعا مزارعة فعمل المرتد فأخرجت الأرض زرعا كثيرا ثم قتل المرتد أو مات أو لحق بدار الحرب فالخارج كله بين المسلم وبين ورثة المرتد على الشرط بلا خلاف لأن انعدام صحة تصرف المرتد لا لعين ردته بل لتضمنه إبطال حق الورثة لتعلق حقهم بماله على ما مر وعمل المرتد ههنا ليس تصرفا في ماله بل على نفسه بإيفاء المانع ولا حق لورثته في نفسه فصحت المزارعة فكان الخارج على الشرط المذكور

وإن دفع الأرض دون البذر فعمل المرتد ببذره وأخرجت الأرض زرعا ففي قياس قول أبي حنيفة على قياس قول من أجاز المزارعة إن الخارج كله لورثة المرتد ولا يجب نقصان الأرض لأن عنده تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة للحال فلم تنفذ مزارعته فكان الخارج حادثا على ملكه لكونه نماء ملكه فكان لورثته وفيه **إشكال** وهو أن هذا الخارج من أكساب ردته وكسب الردة فيء عند أبي حنيفة فكيف يكون لورثته

والجواب أنه حين بذر كان حق الورثة متعلقا بالبذر لما مر من قبل

---

(١) بدائع الصنائع، ٦/١٥٨

فالحاصل منه يحدث على ملكهم فلا يكون كسب الردة ولا يجب نقصان الأرض لأن ضمان النقصان يعتمد إتلاف مال الغير بغير إذنه ولم يوجد إذ المزارعة حصلت بإذن المالك

وعند أبي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كما إذا كان مسلما لما ذكرنا

وإن أسلم فالخارج على الشرط بلا خلاف سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد لما ذكرنا

هذا إذا كانت المزارعة بين مرتد ومسلم فأما إذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط بلا خلاف لأنه لما كان مسلما وقت العقد صح التصرف فاعتراض الردة بعد ذلك لا تبطله وأما المرتدة فتصح مزارعتها دفعا واحدا بالإجماع لأن تصرفاتها نافذة بمنزلة تصرفات المسلمة فتصح المزارعة منها دفعا واحدا بمنزلة مزارعة المسلمة

فصل وأما الذي يرجع إلى الزرع فنوع واحد وهو أن يكون معلوما بأن بين ما يزرع لأن حال المزروع يختلف باختلاف الزرع بالزيادة والنقصان فرب زرع يزيد في الأرض ورب زرع ينقصها وقد يقل النقصان وقد يكثر فلا بد من البيان ليكون لزوم الضرر مضافا إلى التزامه إلا إذا قال له ازرع فيها ما شئت فيجوز له أن يزرع فيها ما شاء لأنه لما فوض الأمر إليه فقد رضي بالضرر إلا أنه لا يملك الغرس لأن الداخل تحت العقد الزرع دون الغرس

فصل وأما الذي يرجع إلى المزروع فهو أن يكون قابلا لعمل الزراعة وهو أن يؤثر فيه العمل بالزيادة بمجرى العادة لأن ما لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه عمل الزراعة حتى لو دفع أرضا فيها زرع قد استحصد مزارعة لم يجز كذا قالوا لأن الزرع إذا استحصد لا يؤثر فيه عمل الزراعة بالزيادة فلا يكون قابلا لعمل الزراعة

فصل وأما الذي يرجع إلى الخارج من الزرع فأنواع منها أن يكون مذكورا في العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد لأن المزارعة استئجار والسكوت عن ذكر الأجرة يفسد الإجارة

ومنها أن يكون لهما حتى لو شرطا أن يكون الخارج لأحدهما يفسد العقد لأن معنى الشركة لازم لهذا العقد وكل شرط يكون قاطعا للشركة يكون مفسدا للعقد

ومنها أن تكون حصة كل واحد من المزارعين بعض الخارج حتى لو شرطا أن يكون من غيره لا يصح العقد لأن المزارعة استئجار ببعض الخارج به تنفصل عن الإجارة المطلقة

ومنها أن يكون ذلك البعض من الخارج معلوم القدر من النصف والثلث والربع ونحوه لأن ترك التقدير يؤدي إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة ولهذا شرط بيان مقدار الأجرة في الإجارات

كذا هذا

ومنها أن يكون جزءا شائعا من الجملة حتى لو شرط لأحدهما قفزانا معلومة لا يصح العقد لأن المزارعة فيها معنى الإجارة والشركة تنعقد إجارة ثم تتم شركة

أما معنى الإجارة فلأن الإجارة تمليك المنفعة بعوض والمزارعة كذلك لأن البذر إن كان من رب الأرض فالعامل يملك منفعة نفسه من رب الأرض بعوض وهو نماء بذره وإن كان البذر من قبل العامل فرب الأرض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض هو نماء بذره فكانت المزارعة استئجارا إما للعامل وإما للأرض لكن ببعض الخارج

وأما معنى الشركة

". (١)

"حنيفة رحمه الله أن وقوع الإشكال في السن يوجب سقوط اعتبار حكم السبق فبطل تحكيمه فبقي الحكم للوقت فالأسبق أولى

وهذا يشكل بالخارج مع ذي اليد

وإن خالف الوقتين جميعا فهو على ما ذكرنا في الخارج مع ذي اليد

وإن أقام أحدهما البينة على النتاج والآخر على ملك مطلق فبينة النتاج أولى لما مر

هذا إذا ادعى الخارجان الملك من واحد أو اثنين بسببين متفقين من الميراث والشراء والنتاج

فإن كان بسببين مختلفين فنقول لا يخلو إما إن كان من اثنين وإما إن كان من واحد

فإن كان من اثنين يعمل بكل واحد من السببين بأن ادعى أحدهما أنه اشترى هذه الدابة من فلان وادعى الآخر أن فلانا آخر وهبها له وقبضها منه قضي بينهما نصفين لأنهما ادعيا تلقي الملك من البائع والواهب فقاما مقامهما كأنهما حضرا وادعيا وأقاما البينة على ملك مرسل

وكذا لو ادعى ثالث ميراثا عن أبيه فإنه يقسم بينهم أثلاثا ولو ادعى رابع وصدقه يقسم بينهم أرباعا لما قلنا

وإن كان ذلك من واحد ينظر إلى السببين فإن كان أحدهما أقوى يعمل به

لأن العمل بالراجح واجب

وإن استويا في القوة يعمل بهما بقدر الإمكان على ما هو سبيل دلائل الشرع

بيان ذلك إذا أقام أحدهما البينة أنه اشترى هذه الدار من فلان ونقده الثمن وقبض الدار وأقام الآخر البينة أن فلانا ذاك وهبها له وقبضها يقضى لصاحب الشراء لأنه يفيد الحكم بنفسه والهبة لا تفيد الحكم إلا بالقبض فكان الشراء أولى

وكذلك الشراء مع الصدقة والقبض لما قلنا

وكذلك الشراء مع الرهن والقبض لأن الشراء يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد وملك الرقبة أقوى

ولو اجتمعت البينتان مع القبض يقضي بينهما نصفين لاستواء السببين وقيل هذا فيما لا يحتمل القسمة كالدابة والعبد ونحوهما

فأما فيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها فلا يقضى لهما بشيء على أصل أبي حنيفة رحمه الله في الهبة من رجلين لحصول معنى الشيوع

وقيل لا فرق بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتملها هنا لأن هذا في معنى الشيوع الطارىء لقيام البينة على الكل وأنه لا يمنع الجواز

---

(١) بدائع الصنائع، ١٧٧/٦

وكذلك لو اجتمعت الصدقة مع القبض أو الهبة والصدقة مع القبض يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين لكن هذا إذا لم يكن المدعى في يد أحدهما فإن كان يقضى لصاحب اليد بازجماع (((بالإجماع))) لما مر ولو اجتمع الرهن والهبة أو الرهن والصدقة فالقياس أن تكون الهبة أولى وكذا الصدقة لأن كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد والحبس وملك الرقبة أقوى وفي الاستحسان الرهن أولى لأن المرهون عندنا مضمون بقدر الدين فأما الموهوب فليس بمضمون أصلا فكان الرهن أقوى ولو اجتمع النكاحان بأن ادعت امرأتان وأقامت كل واحدة منهما البينة على أنه تزوجها عليه يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين

ولو اجتمع النكاح مع الهبة أو الصدقة أو الرهن فالنكاح أولى لأنه عقد يفيد الحكم بنفسه فكان أقوى

ولو اجتمع الشراء والنكاح فهو بينهما نصفان عند أبي يوسف وللمرأة نصف نصف القيمة على الزوج وعند محمد الشراء أولى وللمرأة القيمة على الزوج

وجه قول محمد أن الشراء أقوى من النكاح بدليل أنه لا يصح البيع بدون تسمية الثمن ويصح النكاح بدون تسمية المهر وكذا لا تصح التسمية بدون الملك في البيع وتصح في باب النكاح كما لو تزوج على جارية غيره دل إن الشراء أقوى من النكاح

وجه قول أبي يوسف إن النكاح مثل الشراء فإن كان (((كل))) واحد منهما معاوضة يفيد الحكم بنفسه هذا إذا ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعي الآخر فأما إذا ادعى أحدهما أكثر مما يدعي الآخر بأن ادعى أحدهما كل الدار والآخر نصفها وأقاما البينة على ذلك فإنه يقضى لمدعي الكل بثلاثة أرباع الدار ولمدعي النصف بربعها عند أبي حنيفة وعندهما يقضى لمدعي الكل بثلثي الدار ولمدعي النصف بثلثها وإنما اختلف جوابهم لاختلافهم في طريق القسمة فتقسم عنده بطريق المنازعة وهما قسما بطريق العدل والمضاربة

وتفسير القسمة بطريق المنازعة أن ينظر إلى القدر الذي وقع التنازع فيه فيجعل الجزء الذي خلا عن المنازعة سالما لمدعيه

وتفسير القسمة على طريق العدل والمضاربة أن تجمع السهام كلها في العين فتقسم بين الكل بالحصص فيضرب كل بسهمه كما في الميراث والديون المشتركة المتزاحمة والوصايا فلما كانت القسمة عند أبي حنيفة على طريق المنازعة تجب مراعاة محل النزاع فهنا يدعي أحدهما

---

(١) ".

"فلا يقدر على الإقامة فيهما فالقذف فيهما لا ينعقد موجبا للحد حين وجوده فلا يحتمل الاستيفاء بعد ذلك لأن الاستيفاء للواجب والله سبحانه وتعالى أعلم

---

(١) بدائع الصنائع، ٦/٢٣٩

فصل وأما الذي يرجع إلى نفس القذف فهو أن يكون مطلقا عن الشرط والإضافة إلى وقت فإن كان معلقا بشرط أو مضافا إلى وقت لا يوجب الحد لأن ذكر الشرط أو الوقت يمنع وقوعه قذفا للحال وعند وجود الشرط أو الوقت يجعل كأنه نجز القذف كما في سائر التعليقات والإضافات فكان قاذفا تقديرا مع انعدام القذف حقيقة فلا يجب الحد

وعلى هذا يخرج ما إذا قال رجل من قال كذا وكذا فهو زان أو ابن الزانية فقال رجل أنا قلت أنه لا حد على المبتدىء (((المبتدئ))) لأنه علق القذف بشرط القول وكذلك إذا قال لرجل إن دخلت هذه الدار فأنت زان أو ابن الزانية فدخل لا حد على القائل لما قلنا

وكذا من قال لغيره أنت زان أو ابن الزانية غدا أو رأس شهر كذا

فجاء الغد والشهر لا حد عليه لأن إضافة القذف إلى وقت يمنع تحقق القذف في الحال وفي المآل على مابينا والله عز وجل أعلم

فصل وأما بيان ما تظهر به الحدود عند القاضي فنقول وبالله التوفيق الحدود كلها تظهر بالبينة والإقرار لكن عند استجماع شرائطها

أما شرائط البينة القائمة على الحد فمنها ما يعم الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض

أما الذي يعم الكل فالذكورة والأصالة فلا تقبل شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود كلها لتمكن زيادة شبهة فيها ذكرناها في كتاب الشهادات والحدود لا تثبت مع الشبهات

ولو ادعى القاذف أن المقذوف صدقه وأقام على ذلك رجلا وامرأتين جاز وكذلك الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي لأن الشهادة ههنا قامت على إسقاط الحد لا على إثباته والشبهة تمنع من إثبات الحد لا من إسقاطه

وأما الذي يخص البعض دون البعض فمنها عدم التقادم وأنه شرط في حد الزنا والسرقة وشرب الخمر وليس بشرط في حد القذف والفرق أن الشاهد إذا عاين الجريمة فهو مخير بين أداء الشهادة حسبه لله تعالى لقوله تعالى عز وجل ﴿ وأقيموا الشهادة لله ﴾ وبين التستر على أخيه المسلم لقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه في الآخرة فلما لم يشهد على فور المعاينة حتى تقادم العهد دل ذلك على اختيار جهة الستر فإذا شهد بعد ذلك دل على أن الضغينة حملته على ذلك فلا تقبل شهادته

لما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم

ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعا

فدل قول سيدنا عمر رضي الله عنه على أن مثل هذه الشهادة شهادة ضغينة وأنها غير مقبولة ولأن التأخير والحالة هذه يورث تهمة ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله بخلاف حد القذف لأن التأخير ثمة لا يدل على الضغينة والتهمة لأن الدعوى هناك شرط فاحتمل أن التأخير كان لتأخير الدعوى من المدعي والدعوى ليست بشرط في الحدود الثلاثة فكان التأخير لما قلنا

ويشكل على هذا فصل السرقة فإن الدعوى هناك شرط ومع هذا التقادم مانع

واختلفت عبارات مشايخنا في **الجواب** عن هذا **الإشكال**

فقال بعضهم إن معنى الضغينة والتهمة حكمة المنع من قبول الشهادة

والسبب الظاهر هو كون الحد خالص حق الله تعالى والحكم يدار على السبب الظاهر لا على الحكمة وقد وجد السبب الظاهر في السرقة فيوجب المنع من قبول الشهادة

وهذا ليس بسديد لأن الأصل تعليق الحكم بالحكمة

إلا إذا كان وجه الحكمة خفيا لا يوقف عليه إلا بحرج فيقام السبب الظاهر مقامه وتجعل الحكمة موجودة تقديرا وههنا يمكن الوقوف عليه من غير حرج ولم توجد في السرقة لما بينا فيجب أن تقبل الشهادة بعد التقادم

وقال بعضهم إنما لا تقبل الشهادة في السرقة لأن دعوى السرقة بعد التقادم لم تصح لأن المدعي في الابتداء مخير بين أن يدعي السرقة ويقطع طمعه عن ماله احتسابا لإقامة الحد وبين أن يدعي أخذ المال سترا على أخيه المسلم

فلما أخر دل تأخيره على اختيار جهة الستر والإعراض عن جهة الحسبة فلما شهد بعد ذلك فقد قصد الإعراض عن جهة الستر فلا يصح إعراضه ولم يجعل قاصدا جهة الحسبة لأنه قد كان أعرض عنها عند اختياره جهة الستر فلم تصح دعواه السرقة فلم تقبل

". (١)

"

وأما الذي يرجع إلى الدنيا فعصمة النفس والمال لقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها

إلا أن عصمة النفس تثبت مقصودة وعصمة المال تثبت تابعة لعصمة النفس إذ النفس أصل في التخلق والمال خلق بذله للنفس استبقاء لها

فمتى ثبتت عصمة النفس ثبتت عصمة المال تبعا إلا إذا وجد القاطع للتبعية على م نذكر

فعلى هذا إذا أسلم أهل بلدة من أهل دار الحرب قبل أن يظهر عليهم المسلمون حرم قتلهم ولا سبيل لأحد على أموالهم على ما قلنا

وقد روي عن رسول الله أنه قال من أسلم على مال فهو له

ولو أسلم حربي في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فقتله مسلم عمدا أو خطأ فلا شيء عليه إلا الكفارة وعند أبي يوسف عليه الدية في الخطأ

وعند الشافعي رحمه الله عليه الدية مع الكفارة في الخطأ والقصاص في العمد واحتجا بالعمومات الواردة في باب القصاص والدية من غير فصل بين مؤمن قتل في دار الإسلام أو في دار الحرب

---

(١) بدائع الصنائع، ٤٦/٧

ولنا قوله تبارك وتعالى ﴿ فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ أوجب سبحانه وتعالى الكفارة وجعلها كل موجب قتل المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا لأنه جعله جزاء والجزاء ينبيء عن الكفاية فاقتضى وقوع الكفاية بها عما سواها من القصاص والدية جميعا ولأن القصاص لم يشرع إلا لحكمة الحياة

قال الله تعالى ﴿ ولكم في القصاص حياة ﴾ والحاجة إلى الإحياء عند قصد القتل لعداوة حاملة عليه ولا يكون ذلك إلا عند المخالطة ولو لم توجد ههنا

وعلى هذا إذا أسلم ولم يهاجر إلينا حتى ظهر المسلمون على الدار فما كان في يده من المقتول فهو له ولا يكون فيئا إلا عبدا يقاتل فإنه يكون فيئا لأن نفسه استفادت العصمة بالإسلام وماله الذي في يده تابع له من كل وجه فكان معصوما تبعا لعصمة النفس إلا عبدا يقاتل لأنه إذا قاتل فقد خرج من يد المولى فلم يبق تبعا له فانقطعت العصمة لانقطاع التبعية فيكون محلا للتملك بالاستيلاء وكذلك ما كان في يد مسلم أو ذمي وديعة له فهو له ولا يكون فيئا

لأن يد المودع يده من وجه من حيث إنه يحفظ الوديعة له ويد نفسه من حيث الحقيقة وكل واحد منهما معصوم فكان ما في يده معصوما فلا يكون محلا للتملك

وأما ما كان في يد حربي وديعة فيكون فيئا عند أبي حنيفة وعندهما يكون له لأن يد المودع يده فكان معصوما

والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه من حيث إنه يحفظ له تكون يده فيكون تبعا له فيكون معصوما

ومن حيث الحقيقة لا يكون معصوما لأن نفس الحربي غير معصومة فوقع الشك في العصمة فلا تثبت العصمة مع الشك

وكذا عقاره يكون فيئا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد هو والمنقول سواء والصحيح قولهما لأنه من حيث إنه يتصرف فيه بحسب مشيئته يكون في يده فيكون تبعا له من حيث إنه محصن محفوظ بنفسه ليس في يده فلا يكون تبعا له فلا تثبت العصمة مع الشك

وأما أولاده الصغار فأحرار مسلمون تبعا له وأولاده الكبار وامرأته يكونون فيئا لأنهم في حكم أنفسهم لانعدام التبعية

وأما الولد الذي في البطن فهو مسلم تبعا لأبيه ورقيق تبعا لأمه

وفيه **إشكال**

وهو أن هذا إنشاء الرق على المسلم وأنه ممنوع

والجواب أن الممتنع إنشاء الرق على من هو مسلم حقيقة لا على من له حكم الوجود والإسلام شرعا

هذا إذا أسلم ولم يهاجر إلينا فظهر المسلمون على الدار فلو أسلم وهاجر إلينا ثم ظهر المسلمون على الدار

أما أمواله فما كان في يد مسلم أو ذمي وديعة فهو له ولا يكون فيئا لما ذكرنا وما سوى ذلك فهو فيء لما ذكرنا أيضا

وقيل ما كان في يد حربي وديعة فهو على الخلاف الذي ذكرنا

وأما أولاده الصغار فيحكم بإسلامهم (((بإسلامه))) تبعا لأبيهم ولا يسترقون لأن الإسلام يمنع إنشاء الرق إلا رقا ثبت حكما بأن كان الولد في بطن الأم وأولاده الكبار فيء لأنهم في حكم أنفسهم فلا يكونون مسلمين بإسلام أبيهم وكذلك زوجته والولد الذي في البطن يكون مسلما تبعا لأبيه ورقيقا تبعا لأمه

ولو دخل الحربي دار الإسلام ثم أسلم ثم ظهر المسلمون على الدار فجميع ماله وأولاده الصغار والكبار وامرأته وما في بطنها فيء لما لم يسلم في دار الحرب حتى خرج إلينا لم تثبت العصمة لماله لانعدام عصمة النفس فبعد ذلك وإن صارت معصومة لكن بعد تباين الدارين وأنه يمنع ثبوت التبعية

ولو دخل مسلم أو ذمي دار الحرب فأصاب هناك مالا ثم ظهر المسلمون على الدار فحكمه وحكم الذي

". (١)

"فيشاركونه في القسامة أيضا وبهذا يقع الفرق بين حال الحضور والغيبة على ما ذكره الكرخي رحمه الله لأن معنى التهمة ظاهر الانتفاء من الغيب

وكذا معنى النصرة لأنه لا يلحق ذلك الموضع نصرة من جهتهم إلى أنه تجب عليهم الدية لأن وجوب الدية على العاقلة لا يتعلق بالتهمة فإنهم يتحملون عن القاتل المعين إذا كان صبيا أو مجنونا أو خاطئا وسواء كانت الدار فيها ساكن أو كانت مفرغة مغلقة فوجد فيها قتيل فعلى رب الدار وعلى عاقلته القسامة والدية

أما على أصل أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما فظاهر لأنهما يعتبران الملك دون السكنى فكان وجود السكنى فيها والعدم بمنزلة واحدة

وأما أبو يوسف رحمه الله فإنما يوجب على الساكن لاختصاصه بالدار يدا ولم يوجد ههنا وسواء كان الملك الذي وجد فيه القتيل خاصا أو مشتركا فالقسامة والدية على أرباب الملك لما قلنا وسواء اتفق قدر أنصباء الشركاء أو اختلف فالقسامة والدية بينهم بالسوية حتى لو كانت الدار بين رجلين لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث فالقسامة عليهما وعلى عاقلتهما نصفان ويعتبر في ذلك عدد الرؤوس لا قدر الأنصباء كما في الشفعة لأن حفظ الدار واجب على كل واحد منهما والحفظ لا يختلف ولهذا تساويا في استحقاق الشفعة لأن الاستحقاق لدفع ضرر الدخيل وإنه لا يختلف باختلاف قدر الملك

وذكر في الجامع الصغير فيمن با ع دارا ووجد فيها قتيل قبل أن يقبضها المشتري أن القسامة والدية على البائع إذا لم يكن في البيع خيار فإن كان فيه خيار فعلى من الدار في يده في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد الدية على مالك الدار إن لم يكن في البيع خيار فإن كان فيه خيار فعلى من تصير الدار له

وعند زفر رحمه الله الدية على المشتري إلا أن يكون للبائع خيار فتكون الدية عليه

وجه قول زفر أن الملك للمشتري إذا لم يكن فيه خيار

---

(١) بدائع الصنائع، ١٠٥/٧

وكذا إذا كان الخيار للمشتري لأن خيار المشتري لا يمنع دخول المبيع في ملكه عنده فإذا كان الخيار للبائع فالملك له لأن خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا خلاف

وجه قولهما أنه إذا لم يكن فيه خيار فالملك للمشتري وإنما للبائع صورة يد من غير تصرف وصورة اليد لا مدخل لها في القسامة كيد المودع فكانت القسامة والدية على المشتري وإذا كان فيه خيار فعلى من تصير الدار له لأنها إذا صارت للبائع فقد انفسخ البيع وجعل كأنه لم يكن وإن صارت للمشتري فقد انبرم البيع وتبين أنه ملكها بالعقد من حين وجوده

وأما تصحيح مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فمشكل من حيث الظاهر لأنه يعتبر الملك فيما يحتمل النقل والتحويل لا اليد وإن كانت اليد يد تصرف كيد الساكن والثابت للبائع صورة يد من غير تصرف فأولى أن لا يعتبره لكن لا **إشكال** في الحقيقة لأن الوجوب بترك الحفظ والحفظ باليد حقيقة إلا أنه يضاف الحفظ إلى الملك لأن استحقاق اليد به عادة فيقام مقام اليد فكان (((فكانت))) الإضافة إلى ما به حقيقة الحفظ أولى إلا أن مطلق اليد لا يعتبر بل اليد المستحقة بالملك وهذه يد مستحقة بالملك بخلاف يد الساكن

وإذا وجد رجل قتيلا في دار نفسه فالقسامة والدية على عاقلته لورثته في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قولهما رحمهما الله لا شيء فيه وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وروي عن أبي حنيفة مثل قولهم

وجه قولهم أن القتل صادفه والدار ملكه وإنما صار ملك الورثة عند الموت والموت ليس بقتل لأن القتل فعل القاتل ولا صنع لأحد في الموت بل هو من صنع الله تبارك وتعالى فلم يقتل من ملك الورثة فلا سبيل إلى إيجاب الضمان على الورثة وعواقلهم ولأن وجوده قتيلا في دار نفسه بمنزلة مباشرة القتل بنفسه كأنه قتل نفسه بنفسه فيكون هدرا

ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن المعتبر في القسامة وقت ظهور القتيل لا وقت وجود القتل بدليل أن من مات قبل ذلك لا يدخل في الدية والدار وقت ظهور القتيل لورثته فكانت القسامة والدية عليهم وعلى عواقلهم تجب كما لو وجد قتيلا في دار ابنه

فإن قيل كيف تجب الدية عليهم وعلى عواقلهم وأن الدية تجب لهم فكيف تجب لهم وعليهم وكذا عاقلتهم تتحمل عنهم لهم أيضا وفيه إيجاب لهم أيضا وعليهم وهذا ممتنع

فالجواب ممنوع أن الدية تجب لهم بل للقتيل لأنها بدل نفسه فتكون له وبدليل أنه يجهز منها وتقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه ثم ما فضل عن حاجته تستحقه ورثته لاستغناء الميت عنه والورثة أقرب الناس إليه وصار كما لو وجد الأب قتيلا في دار ابنه أو في بئر حفرها ابنه أليس أنه تجب القسامة والدية على الابن وعلى عاقلته ولا

---

(١) ".

"وجه فلا تصح إلا إذا عتق قبل موت الموصى فيصح (((فتصح))) الوصية لأن الوصية إيجاب الملك عند موت الموصى وهو كان حرا عند موته

---

(١) بدائع الصنائع، ٢٩٣/٧

وكذا إذا أوصى لعبد نفسه فأعتقه قبل موته صحت وصيته له فإن مات وهو عبد بطلت لأن وصيته لمولاه ومولاه وارثه

ولو أوصى لمكاتب وارثه لا يصح لأن منفعة الوصية تحصل لوارثه في الحال والمآل

في الحال بأداء بدل الكتابة وفي المآل بالعجز

ولو أوصى لمكاتب نفسه جاز لأنه إما أن يعتق بأداء بدل الكتابة فيصير أجنبيا فتجوز له الوصية

وإما أن يعجز ويرد في الرق فيصير ميراثا لجميع ورثته لا لبعضهم دون بعض فلا يكون في هذه الوصية إيثار بعض الورثة على بعض فتجوز كما لو أوصى بثلث ماله لورثته

ومنها أن لا يكون قاتل الموصي قتلا حراما على سبيل المباشرة فإن كان لم تصح الوصية له عندنا وبه أخذ الشافعي رحمه الله

وقال مالك رحمه الله هذا ليس بشرط وتصح الوصية للقاتل

واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ولأن الوصية تمليك وتملك والقتل لا ينافي أهلية التمليك

ولنا ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا وصية لقاتل وهذا نص

ويروى أنه قال ليس لقاتل شيء ذكر الشيء نكرة في محل النفي فتعم الميراث والوصية جميعا

وبه تبين أن القاتل مخصوص عن عمومات الوصية ولأن الوصية أخت الميراث ولا ميراث للقاتل لما روي عن سيدنا عمر وسيدنا علي رضي الله عنهما لما (((أنهما))) يجعلا للقاتل ميراثا

وعن عبيدة السلماني أنه قال لا يرث قاتل بعد صاحب البقرة ويروى لا يورث قاتل بعد صاحب البقرة

وهذا منه بيان لإجماع المسلمين من زمن سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام إلى زمن التابعين رضي الله عنهم على أنه لا ميراث للقاتل

وذكر محمد رحمه الله هذه الآثار في الأصل وقال والوصية عندنا بمنزلة ذلك لا وصية للقاتل ولأن الورثة تتأذى بوضع الوصية في القاتل كما يتأذى البعض بوضعها في البعض فيؤدي إلى قطع الرحم وأنه حرام ولأن المجروح إذا صار صاحب فراش فقد تعلق حق الورثة بماله نظرا لهم لئلا يزيل المورث ملكه إلى غيرهم لعداوة أو أذى لحقه من جهتهم فيتضررون بذلك لكن مع بقاء ملك المورث نظرا له لحاجته إلى دفع حوائجه الأصلية وسبب ثبوت حقهم في مرض الموت ما هو سبب ثبوت ملكهم بعد الموت وهو القرابة فكان ينبغي أن لا يملك التبرع بشيء من ماله إلا أنه ملك ذلك على غير القاتل والوارث بخلاف القياس فيبقى الأمر فيهما على أصل القياس ولأن القتل بغير حق جناية عظيمة فتستدعي الزجر بأبلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زاجرا لحرمان الميراث فيثبت وسواء كان القتل عمدا أو خطأ لأن القتل الخطأ قتل وأنه جاز المؤاخذة عليه عقلا وسواء أوصى له بعد الجناية أو قبلها لأن الوصية إنما تقع تمليكا بعد الموت فتقع وصية للقاتل تقدمت الجناية أو تأخرت

ولا تجوز الوصية لعبد القاتل كان على العبد دين أو لم يكن ولا لمكاتبه لما ذكرنا في عبد الوارث ومكاتبه وتجوز الوصية لابن القاتل ولأبويه ولجميع قرابته لأن ملك كل واحد منهما منفصل عن ملك صاحبه فلا تكون الوصية لأحدهما وصية لصاحبه

ولو اشترك عشرة في قتل رجل فأوصى لبعضهم بعد الجناية لم تصح لأن كل واحد منهم قاتل على الكمال حين وجب القصاص على كل واحد منهم فكانت وصية لقاتله فلم تصح

ولو كان أحدهم عبد الموصى فوصى (((فأوصى))) لبعضهم بعد الجناية وأعتق عبده ثم مات فالوصية باطلة ولا يبطل العتق ولكن العبد يسعى في قيمته

أما بطلان الوصية فلما ذكرنا أن كل واحد منهم قاتل فكان الموصى له قاتلا فلم تصح الوصية له

وأما صحة الإعتاق ونفاذه ففيه ضرب **إشكال** وهو إن الإعتاق حصل في مرض الموت والإعتاق في مرض الموت وصية والوصية للقاتل لا تصح والعبد قاتل فينبغي أن لا ينفذ إعتاقه

والجواب عنه من وجهين أحدهما أن الإعتاق في مرض الموت ليس بوصية حقيقة لأن الوصية تمليك والإعتاق إسقاط الملك وإزالته لا إلى أحد (((أحدهما))) وهما متغايران بل متنافيان حقيقة وكذا الإعتاق ينجز (((ينجر))) حكمه للحال وحكم الوصية يتأخر إلى ما بعد الموت فلم يكن الإعتاق في مرض الموت وصية حقيقة إلا أنه يشبه الوصية من حيث أنه يعتبر من الثلث لا غير

والثاني إن كان في معنى الوصية فالوصية بالإعتاق مردودة من حيث المعنى وإن كانت نافذة صورة ألا

---

(١) ".

"يقدمان على الكفارات لأنهما واجبان بإيجاب الله ابتداء من غير تعلق وجوبهما بسبب من جهة العبد والكفارات يتعلق وجوبها بأسباب توجد من العبد من القتل والظهار واليمين والواجب ابتداء أقوى فيقدم والكفارات متقدمة على صدقة الفطر لأن صدقة الفطر واجبة والكفارات فرائض والفرص (((والفرض))) مقدم على الواجب ولأن هذه الكفارات منصوص عليها في الكتاب العزيز ولا نص في الكتاب على صدقة الفطر وإنما عرفت بالسنة المطهرة فكان المنصوص عليه في الكتاب العزيز أقوى فكان أولى وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية وإن كانت الأضحية أيضا واجبة عندنا لكن صدقة الفطر متفق على وجوبها والأضحية وجوبها محل الاجتهاد فالمتفق على الوجوب أقوى فكان بالبداية أولى

وكذا صدقة الفطر مقدمة على كفارة الفطر في رمضان لأن وجوب تلك الكفارة ثبت بخبر الواحد وصدقة الفطر ثبت وجوبها بأخبار مشهورة والثابت بالخبر المشهور أقوى فيقدم

---

(١) بدائع الصنائع، ٣٣٩/٧

وقالوا إن صدقة الفطر تقدم على المنذور به لأنها وجبت بإيجاب الله تبارك وتعالى ابتداء والمنذور به وجب بإيجاب العبد وقد تعلق وجوبه أيضا بسبب مباشرة العبد فتقدم الصدقة

والإشكال عليه إن صدقة الفطر من الواجبات لا من الفرائض لأن وجوبها ثبت بدليل مقطوع به بل بدليل فيه شبهة العدم ولهذا لا يكفر جاحده

والوفاء بالمنذور به فرض لأن وجوبه ثبت بدليل مقطوع به وهو النص المفسر من الكتاب العزيز قال الله تبارك وتعالى ﴿ وليوفوا نذورهم ﴾ والفرض مقدم على الواجب ولهذا يكفر جاحد وجوب الوفاء بالنذر

وفي كتاب الله عز وجل دليل عليه وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ ومنهم من عاهد الله لئن (((لإن))) آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين فلما آتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهم معرضون فأعقبهم نفاقا في قلوبهم إلى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون ﴾ والمنذور به مقدم على الأضحية لأنه واجب الوفاء بيقين وفي وجوب الأضحية شبهة العدم لكونه محل الاجتهاد والأضحية تقدم على النوافل لأنها واجبة عند أبي حنيفة رضي الله عنه وسنة مؤكدة عندهما والشافعي رحمه الله والواجب والسنة المؤكدة أولى من النافلة فالظاهر من حال الموصي أنه قصد تقديمها على النافلة تحسينا للظن بالمسلم إلا أنه تركه سهوا فيقدم بدلالة حالة التقديم وإن أخره بالذكر على سبيل السهو

هذا الذي ذكرنا إذا لم يكن في الوصايا بالقرب إعتاق منجز وهو الإعتاق في مرض الموت أو إعتاق معلق بالموت وهو التدبير فإن كان تقدم ذلك لأن الإعتاق المنجز والمعلق بالموت لا يحتمل الفسخ فكان أقوى فيقدم

وأما الوصية بالإعتاق فإن كان إعتاقا واجبا في كفارة فحكمه حكم الكفارات وقد ذكرنا ذلك وإن لم يكن واجبا فحكمه حكم سائر الوصايا المتنفل بها من الصدقة على الفقراء وبناء المساجد وحج التطوع ونحو ذلك لأن الوصية بالإعتاق يلحقها الفسخ كما يلحق سائر الوصايا فكانت الوصية بالإعتاق غير واجبة مثل سائر الوصايا فلا تقدم بخلاف الإعتاق المنجز في المرض والمعلق بالموت لأنه لا يلحقهما الفسخ فكان أقوى فيقدم على سائر الوصايا

وإن كانت الوصايا بعضها لله سبحانه وتعالى وبعضها للعباد فإن أوصى لقوم بأعيانهم يتضاربون بوصاياهم في الثلث ثم ما أصاب العباد فهو لهم لا يقدم بعضهم على بعض لما نبين وما كان لله تبارك وتعالى يجمع ذلك فيبدأ منها بالفرائض ثم بالواجبات ثم بالنوافل

وإن كان مع الوصايا لله تبارك وتعالى وصية لواحد معين من العباد فإنه يضرب بما أوصى له به مع الوصايا بالقرب ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب فإن قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزيد فإن الثلث يقسم على أربعة أسهم سهم للموصى له وسهم للحج وسهم للزكاة وسهم للكفارات لأن كل جهة من هذه الجهات غير الأخرى فترد (((فتفرد))) كل جهة بسهم كما لو أوصى بثلث ماله لقوم معينين

فإن قيل جهات القرب وإن اختلفت فالمقصود منها كلها واحد وهو طلب مرضاة (((مرضات))) الله تبارك وتعالى وابتغاء وجهه الكريم فينبغي أن يضرب للموصى له بسهم والقرب بسهم **فالجواب** أن المقصود من الكل وإن كان

واحدا وهو ابتغاء وجه الله عز وجل وطلب مرضات (((مرضاته))) لكن الجهة منصوص عليها فيجب اعتبارها كما لو أوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين وأبناء السبيل أن كل واحد منهم يضرب بسهمه وإن

". (١)

"عن قولك أخوك

إلى هذا ذهب الأئمة من النحويين وهذا قول سيبويه وإذا كان كذلك صار الموصي معتمدا على قوله عمرو وحماد معرضا عن قوله ابني فلان فصار كأنه قال أوصيت بثلث مالي لعمرو وحماد وحماد ليس بموجود ولو كان كذلك لصرف كل الثلث إلى عمرو (((عمر))) وكذا ههنا

والإشكال على هذا أن قوله عمرو وحماد كما يصلح أن يكون بدلا عن قوله ابن (((ابني))) فلان يصلح أن يكون عطف بيان والمعتبر في عطف البيان المذكور أولا والثاني يذكر لإزالة الجهالة عن الأول كما في قول القائل جاءني أخوك زيد إذا كان في إخوته كثرة كان زيد مذكورا بطريق عطف البيان لإزالة الجهالة المتمكنة في قوله أخوك لكثرة الإخوة بمنزلة النعت وإذا كان المعتبر هو المذكور أولا وهو قوله ابني فلان فإذا لم يكن لفلان إلا ابن واحد وهو عمرو فينبغي أن لا يكون له إلا نصف الثلث

والجواب نعم هذا الكلام يصلح لهما جميعا لكن الحمل على ما قلنا أولى لأن فيه تصحيح جميع تصرفه وهو تمليكه جميع الثلث وأنه أوصى بتمليك جميع الثلث

وفي الحمل على عطف البيان إثبات تمليك النصف فكان ما قلناه أولى على أن من شرط عطف البيان أن يكون الثاني معلوما كما في قول القائل جاءني أخوك زيد

كان زيد معلوما فزال به وصف الجهالة المعترضة في قوله أخوك بسبب كثرة الأخوة

وفي مسألتنا الثاني غير معلوم لأن اسم حماد ليس له مسمى موجود له ليكون معلوما فيحصل به إزالة (((بإزالة))) الجهالة فتعذر حمله على عطف البيان فيجعل بدلا للضرورة

ولو قال أوصيت لبني فلان وهم خمسة ولفلان ابن فلان بثلث مالي فإذا بنو فلان ثلاثة فإن لبني فلان ثلاثة أرباع الثلث ولفلان ابن فلان ربع الثلث لما ذكرنا أن قوله وهم خمسة لغو إذا كانوا ثلاثة فبقي قوله أوصيت بثلث مالي لبني فلان ولفلان ابن فلان فيكون الثلث بينهم أرباعا لحصول الوصية لأربعة فيكون بينهم أرباعا لاستواء كل سهم فيها

ولو قال قد أوصيت لبني فلان وهم ثلاثة بثلث مالي فإذا بنو فلان خمسة فالثلث لثلاثة منهم لأن قوله لبني فلان اسم عام

وقوله وهم ثلاثة تخصيص أي أوصيت لثلاثة من بني فلان فصح الإيصاء لثلاثة منهم غير معينين وهذه الجهالة لا تمنع صحة الوصية لأنها محصورة مستدركة ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الوصية لأن تنفيذها ممكن كما لو أوصى لأولاد

---

(١) بدائع الصنائع، ٣٧٢/٧

فلان وكما لو أوصى بثلث ماله وهو مجهول لا يدري كم يكون عند موت الموصي بخلاف ما إذا أوصى لواحد من عرض الناس حيث لم يصح لأن تلك الجهالة غير مستدركة

وكذا لو أوصى لقبيلة لا يحصون لأنه لا يمكن حصرها والخيار في تعيين الثلاثة من بنيه إلى ورثة الموصي لأنهم قائمون مقامه والبيان كان إليه لأنه هو المبهم فلما مات عجز عن البيان بنفسه فقام من يخلفه مقامه بخلاف ما إذا أوصى لمواليه حيث لم تصح ولم تقم الورثة مقامه لأن هناك تخلف المقصود من الوصية ولا يقف على مقصود الموصي أنه أراد به زيادة في الإنعام أو الشكر أو مجازاة أحد من الورثة فلا يمكنهم التعيين وههنا الأمر بخلافه

واستشهد محمد رحمه الله لصحة هذه الوصية فقال ألا يرى أن رجلا لو قال أوصيت بثلث مالي لبني فلان وهم ثلاثة فلان وفلان وفلان فإذا بنو فلان غير الذين سماهم أن الوصية جائزة لمن سمى لأنه خص البعض فكذا ههنا أوضح محمد رحمه الله تعالى جواز تخصيص ثلاثة مجهولين بعلمه لجواز تخصيص ثلاثة معينين وأنه إيضاح صحيح

ولو قال قد أوصيت بثلث مالي لبني فلان وهم ثلاثة ولفلان ابن فلان فإذا بنو فلان خمسة فلفلان ابن فلان ربع الثلث لأن قوله وهم ثلاثة صحيح لما ذكرنا أنه تخصيص العام فصار موصيا بثلث ماله لثلاثة من بني فلان ولفلان ابن فلان فكان فلان رابعهم فكان له ربع الثلث وثلاثة أرباعه لثلاثة من بني فلان

ولو أوصى لرجل بمائة ولرجل آخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة لأن الشركة تقتضي التساوي وقد أضافها إليهما فيقتضي أن يستوي كل واحد منهما ولا تتحقق المساواة إلا بأن يأخذ من كل واحد منهما ثلث ما في يده فيكون لكل واحد ثلثا المائة فتحصل المساواة وإن أوصى لرجل بأربعمائة ولآخر بمائتين ثم قال الآخر (((لآخر))) قد أشركتك معهما فله نصف ما أوصى لكل واحد منهما لأن تحقيق المشاركة بينهم على سبيل الجملة غير ممكن في هذه الصورة لاختلاف الأنصباء فيتحقق التساوي على سبيل الانفراد تحقيقا لمقتضى الشركة بقدر الإمكان

وكذا لو أوصى لاثنين لكل واحد جارية ثم أشرك فيهما ثالثا كان له نصف كل واحدة منهما لما ذكرنا

". (١)

" أعلم أن المسح على الخفين جائز بالسنة فقد اشتهر فيه الأثر عن رسول الله صلى الله عليه و سلم قولا وفعلا . من ذلك " حديث " المغيرة بن شعبة " رضي الله تعالى عنه قال توضأ رسول الله صلى الله عليه و سلم في سفر وكنت أصب الماء عليه وعليه جبة شامية ضيقة الكمين فأخرج يديه من تحت ذيله ومسح على خفيه فقلت نسيت غسل القدمين فقال لا بل أنت نسيت بهذا أمرني ربي "

ومن ذلك " حديث " جرير بن عبدالله البجلي " رضي الله تعالى عنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه و سلم توضأ ومسح على خفيه فقيل له أكان ذلك بعد نزول المائدة فقال وهل أسلمت إلا بعد نزول المائدة " وقال " إبراهيم رحمه الله تعالى وكان يعجبهم حديث " جرير " رضي الله عنه لأنه أسلم بعد نزول المائدة وإنما قال هذا لما روى عن " ابن عباس

---

(١) بدائع الصنائع، ٣٨٢/٧

" رضي الله تعالى عنهما قال سلوا هؤلاء الذين يروون المسح على مسح رسول الله صلى الله عليه و سلم بعد نزول المائدة والله ما مسح رسول الله صلى الله عليه و سلم بعد نزول المائدة ولأن أمسح على ظهر عنز في الفلاة أحب إلي من أن أمسح على الخفين

وقد صح رجوعه عنه على ما قال " عطاء بن أبي رباح " رضي الله تعالى عنه لم يمت " ابن عباس "

صفحة [٩٨] رضي الله تعالى عنهما حتى اتبع أصحابه في المسح على الخفين . والذي روى عن " عائشة " رضي الله تعالى عنها لأن تقطع قدماي أحب إلي من أن أمسح على الخفين فقد صح رجوعها عنه على ما " روى " شريح بن هانيء " قال سألت " عائشة " رضي الله تعالى عنها عن المسح على الخفين فقالت لا أدرى سلوا " عليا " رضي الله تعالى عنه فإنه كان أكثر سفرا مع رسول الله صلى الله عليه و سلم فسألنا " عليا " رضي الله تعالى عنه فقال رأيت رسول الله صلى الله عليه و سلم يمسح على الخفين "

وفي " رواية سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها " فبلغ ذلك " عائشة " رضي الله تعالى عنها فقالت هو أعلم

ولكثرة الأخبار فيه قال " أبو حنيفة " رحمه الله تعالى ما قلت بالمسح حتى جاءني فيه مثل ضوء النهار

وقال " أبو يوسف " رحمه الله خبر المسح يجوز نسخ الكتاب به لشهرته

وقال " الكرخي " رحمه الله تعالى أخاف الكفر على من لم ير المسح على الخفين لأن الآثار التي وردت فيه في حيز التواتر

وهو مؤقت في حق المقيم بيوم وليلة وفي حق المسافر بثلاثة أيام ولياليها " لحديث " علي " رضي الله تعالى عنه وحديث " خزيمة بن ثابت " رضي الله تعالى عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها "

و " عن " ابن عمر " رضي الله تعالى عنهما قال خرجت إلى " العراق " فرأيت " سعدا " يمسح على الخفين فقلت ما هذا فقال : إذا رجعت إلى أبيك فسله فسألت أبي فقال عمك أفقه منك رأيت رسول الله صلى الله عليه و سلم يمسح على الخفين وسمعته يقول يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها "

ولأن المسح رخصة لدفع المشقة وذلك مؤقت في حق المقيم بيوم وليلة لأنه يلبس خفيه حين يصبح ويخرج فيشق عليه النزع قبل أن يعود إلى بيته ليلا والمسافر يلحقه الحرج بالنزع في كل مرحلة فقدر في حقه بثلاثة أيام ولياليها أدنى مدة السفر إذ لا نهاية لأكثره

وكان " الحسن البصري " رضي الله عنه يقول المسح مؤبد للمسافر " لحديث " عمار بن ياسر " رضي الله عنه قال قلت يا رسول الله أمسح على الخفين يوما فقال نعم فقلت يومين فقال نعم حتى أنتهيت إلى سبعة

صفحة [٩٩] أيام فقال إذا كنت في سفر فامسح ما بدا لك "

وتأويله أن مراده صلى الله عليه و سلم بيان أن المسح مؤبد غير منسوخ وأن ينزع في هذه المدة والأخبار المشهورة لا تترك بهذا الشاذ

وكان " مالك " رحمه الله تعالى يقول لا يمسح المقيم أصلا ويمسح المسافر ما بدا له لحديث " عقبة بن عامر الجهني " رضي الله تعالى عنه قال وفدت على " عمر " رضي الله تعالى عنه من " الشام " فقال متى عهدك بالخف فقلت منذ أسبوع قال أصبت

وتأويله أن المراد بيان أول اللبس وخروجه مسافرا لا أنه لم ينزع بين ذلك

ثم ابتداء المدة من وقت الحدث لأن سبب وجوب الطهارة الحدث واستتار القدم بالخف يمنع سراية الحدث إلى القدم فما هو موجب لبس الخف إنما يظهر عند الحدث فلهذا كان ابتداء المدة منه ولأنه لا يمكن ابتداء المدة من وقت اللبس فإنه لو لم يحدث بعد اللبس حتى يمر عليه يوم وليلة لا يجب عليه نزع الخف بالإتفاق ولا يمكن اعتباره من وقت المسح لأنه لو أحدث ولم يمسح ولم يصل أياما لا إشكال أنه لا يمسح بعد ذلك فكان العدل في الإعتبار من وقت الحدث

قال : وإنما يجوز المسح من كل حدث موجب للوضوء دون الإغتسال " لحديث " صفوان بن عسال المرادي " رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه و سلم يأمرنا إذا كنا سفرا أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليها إلا من جنابة ولكن من بول أو غائط أو نوم " ولأن الجنابة ألزمته غسل جميع البدن ومع الخف لا يتأتى ذلك والرجل معتبرة بالرأس فمتى كان الفرض في الرأس المسح كان في الرجل في حق لابس الخف كذلك وفي الجنابة الفرض في الرأس الغسل فكذلك في الرجل عليه نزع الخف وغسل القدمين

قال : وإنما يجوز المسح إذا لبس الخف على طهارة كاملة " لحديث " المغيرة بن شعبة " رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم قال حين مسح على خفيه إني أدخلتهما وهما طاهرتان " ولأن موجب لبس الخف المنع من سراية الحدث إلى القدمين لا تحويل حكم الحدث من الرجل إلى الخف وإنما يتحقق هذا إذا كان اللبس على طهارة

قال : فإن غسل رجليه أولا ولبس خفيه ثم أحدث قبل إكمال الطهارة لم يجز له أن يمسح عليهما لأن أول الحدث بعد اللبس ما طرأ على طهارة كاملة فهو وما لبس قبل غسل الرجل سواء

وإن أكمل وضوءه قبل الحدث جاز له أن يمسح عندنا ولم يجز عند " الشافعي " رحمه الله تعالى بناء على أن الترتيب في الوضوء ليس بركن عندنا فأول الحدث بعد لبس الخف طرأ على طهارة كاملة

قال : ولو توضأ وغسل إحدى رجليه ولبس الخف ثم غسل الرجل الأخرى ولبس الخف ثم أحدث جاز

صفحة [١٠٠] له عندنا أن يمسح وقال " الشافعي " رحمه الله تعالى إن لم ينزع الخف الأول فلا يجوز له أن يمسح وإن نزعه ثم لبسه جاز له المسح لأن الشرط أن يكون لبسه بعد إكمال الطهارة

وهذا اشتغال بما لا يفيد ينزع ثم يلبس من غير أن يلزمه فيه غسل وهو ليس من الحكمة فلا يجوز له اشتراطه

قال : ومسح الخف مرة واحدة وقال " عطاء " رضي الله تعالى عنه ثلاثا كالغسل

ولنا " حديث " المغيرة بن شعبة " رضي الله تعالى عنهما قال كأني أنظر إلى أثر المسح على ظهر خف رسول الله صلى الله عليه و سلم خطوطا بالأصابع وإنما لم تبق الخطوط إذا لم يمسحه إلا مرة واحدة " ولأن كثرة إصابة البلة إفساد

الخف وفيه حرج فيكتفي فيه بالمرة الواحدة ويبدأ من قبل الأصابع حتى ينتهي إلى أسفل الساق اعتبارا بالغسل فالبداءة فيه من الأصابع لأن الله تعالى جعل الكعبين غاية

قال : وإن مسح خفيه بأصبع أو أصبعين لم يجزه حتى يمسح بثلاثة أصابع وعلى قول " زفر " رضي الله تعالى عنه يجزئه والكلام فيه مثل الكلام في المسح بالرأس وقد مر

قال : والخرق اليسير في الخف لا يمنع من المسح عليه وفي القياس يمنع وهو قول " الشافعي " رحمه الله تعالى لأن القدر الذي بدا من الرجل وجب غسله اعتبارا للبعض بالكل وإذا وجب الغسل في البعض وجب في الكل لأنه لا يتجزأ

ووجه الإستحسان : أن الخف قلما يخلو عن قليل خرق فإنه وإن كان جديدا فآثار الزرور والأشافي خرق فيه ولهذا يدخله التراب فجعلنا القليل عفوا لهذا

فأما إذا كان الخرق كبيرا لا يجوز المسح عليه

وقال " سفيان الثوري " رحمه الله تعالى إذا كان بحيث يمكن المشي فيه سفرا يجوز المسح عليه لأن الأصل في هذه الرخصة الصحابة رضوان الله تعالى عليهم وعامتهم كانوا محتاجين لا يجدون إلا الخلق من الخفاف وقد جوز لهم المسح

ولكنا نقول الخرق اليسير إنما جعل عفوا للضرورة ولا ضرورة في الكثير فيبقى على أصل القياس

والفرق بين القليل والكثير ثلاث أصابع فإن كان يبدو منه ثلاث أصابع لم يجز له أن يمسح عليه لأن الأكثر معتبر بالكمال

وفي رواية الزيادات عن " محمد " رحمه الله تعالى ثلاث أصابع من أصغر أصابع الرجل لأن الممسوح عليه الرجل

وفي رواية " الحسن " عن " أبي حنيفة " رحمهما الله تعالى قال ثلاث أصابع من أصابع اليد لأن الممسوح به اليد

وسواء كان الخرق في ظاهر الخف أو باطنه أو من ناحية العقب ولكن هذا إذا كان يبدو منه مقدار ثلاث أصابع فإن كان صلبا لا يبدو منه شيء يجوز المسح عليه وإن كان يبدو في حالة المشي دون حال وضع القدم

صفحة [١٠١] على الأرض لم يجزه المسح لأن الخف يلبس للمشي

واختلف مشايخنا رحمهم الله تعالى فيما إذا كان يبدو ثلاثة أصابع من الأنامل : والأصح أنه لا يجوز المسح عليه وتجمع الخروق في خف واحد ولا تجمع في خفين لأن أحد الخفين منفصل عن الآخر

قال : وإن مسح باطن الخف دون ظاهره لم يجزه فإن موضع المسح ظهر القدم لما روينا من حديث " المغيرة بن شعبة " رضي الله تعالى عنه

وقال " الشافعي " رحمه الله تعالى المسح على ظاهر الخف فرض وعلى باطنه سنة فالأولى عنده أن يضع يده اليمنى على ظاهر الخف ويده اليسرى على باطنه فيمسح بهما على كل رجل

وعندنا المسح على ظاهر الخف فقط " لحديث " علي " رضي الله تعالى عنه قال لو كان الدين بالرأى لكان باطن الخف أولى من ظاهره ولكني رأيت رسول الله صلى الله عليه و سلم يمسح على ظاهر خفيه دون باطنهما " ولأن باطن الخف لا يخلو عن لوث عادة فيصيب يده ذلك اللوث وفيه بعض الحرج والمسح مشروع لدفع الحرج

قال : ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة ومن العلماء من جوزه " لحديث " بلال " رضي الله تعالى عنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه و سلم مسح على عمامته "

وجاء في " الحديث أن النبي صلى الله عليه و سلم بعث سرية فأمرهم بأن يمسحوا على المشاوذ والتساخين "

فالمشاوذ العمائم والتساخين الخفاف

ولنا " حديث " جابر " رضي الله تعالى عنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه و سلم حسر العمامة عن رأسه ومسح على ناصيته " وكأن بلالا رضي الله عنه كان بعيدا منه فظن أنه مسح على العمامة حين لم يضعها عن رأسه

وتأويل الحديث الآخر أن النبي صلى الله عليه و سلم خص به تلك السرية لعذرهم فقد كان عليه الصلاة و السلام يخص بعض أصحابه بأشياء كما خص " عبدالرحمن بن عوف " رضي الله تعالى عنه بلبس الحرير

و " خزيمة " رضي الله تعالى عنه بشهادته وحده

ثم المسح إنما يكون بدلا عن الغسل لا عن المسح والرأس ممسوح فكيف يكون المسح على العمامة بدلا عنه بخلاف الرجل ولأنه لا يلحقه كثير حرج في إدخال اليد تحت العمامة والمسح على الرأس

قال : وكذلك المرأة لا تمسح على خمارها " لحديث " عائشة " رضي الله تعالى عنها أنها أدخلت يدها تحت الخمار ومسحت برأسها وقالت بهذا أمرني رسول الله صلى الله عليه و سلم " فإن مسحت على خمارها فنفذت البلة إلى رأسها حتى ابتل قدر الربع أجزأها حتى قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى : إذا كان الخمار جديدا يجوز وإن لم يكن جديدا لا يجوز لأن ثقوب الجديد لم تنسد بالإستعمال فتنفذ البلة منها إلى الرأس

قال : وأما المسح على الجوربين فإن كانا

صفحة [١٠٢] ثخينين منعلين يجوز المسح عليهما لأن مواظبة المشى سفرا بهما ممكن وإن كانا رقيقين لا يجوز المسح عليهما لأنهما بمنزلة اللفافة وإن كانا ثخينين غير منعلين لا يجوز المسح عليهما عند " أبي حنيفة " رحمه الله تعالى لأن مواظبة المشي بهما سفرا غير ممكن فكانا بمنزلة الجورب الرقيق

وعلى قول " أبي يوسف " و " محمد " رحمهما الله تعالى يجوز المسح عليهما

وحكى أن " أبا حنيفة " رحمه الله تعالى في مرضه مسح على جوربيه ثم قال لعواده فعلت ما كنت أمنع الناس عنه فاستدلوا به على رجوعه

وحجتهما " حديث " أبي موسى الأشعري " رضي الله تعالى عنه وأرضاه أن النبي صلى الله عليه و سلم مسح على جوربيه " وقد روى المسح على الجورب عن " أبي بكر " و " علي " و " أنس " رضي الله تعالى عنهم

وتأويله عند " أبي حنيفة " رحمه الله تعالى أنه كان منعلا أو مجلدا والثخين من الجورب أن يستمسك على الساق من غير أن يشده بشيء

والصحيح من المذهب جواز المسح على الخفاف المتخذة من اللبود التركية لأن مواظبة المشي فيها سفرا ممكن

قال : ويجوز المسح على الجرموقين فوق الخفين عندنا

وعند " الشافعي " رضي الله تعالى عنه إن لبس الجرموقين وحدهما مسح وإن لبسهما فوق الخف لم يمسح عليهما لأن ما تحتهما ممسوح والمسح لا يكون بدلا عن المسح

ولنا " حديث " عمر " رضي الله تعالى عنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه و سلم مسح على الجرموقين " ولأن الجرموق فوق الخف في معنى خف ذي طاقين ولو لبس خفا ذا طاقين كان له أن يمسح عليه فهذا مثله

وإنما يجوز المسح عندنا على الجرموقين إذا لبسهما فوق الخفين قبل أن يحدث ويمسح فأما إذا كان مسح على الخف أولا ثم لبس الجرموق فليس له أن يمسح على الجرموق لأن حكم المسح استقر على الخف فبهذا يتبين **الجواب** عما قاله " الشافعي " رحمه الله تعالى عنه

وكذلك لو أحدث بعدما لبس الخف ثم لبس الجرموقين فليس له أن يمسح على الجرموق لأن ابتداء مدة المسح من وقت الحدث وقد انعقد في الخف فلا يتحول إلى الجرموق بعد ذلك

وإن مسح على الخفين ثم نزع أحدهما انتقض مسحه في الرجلين وعليه غسلهما

وقال " ابن أبي ليلى " رحمه الله لا شيء عليه

وعن " إبراهيم النخعي " رحمه الله فيه ثلاثة أقوال :

(يتبع . . .) ." (١)

" قال رضي الله عنه : ومن ابتلع جوزة رطبة وهو صائم فعليه القضاء ولا كفارة عليه وإن ابتلع لوزة رطبة أو بطيخة صغيرة فعليه القضاء والكفارة والأصل في هذا أنه متى حصل الفطر بما لا يتغذى به أو يتداوى به عادة فعليه القضاء دون الكفارة لأن وجوب الكفارة يستدعي كمال الجناية والجناية تتكامل بتناول ما يتغذى به أو يتداوى به لانعدام الإمساك صورة ومعنى ولا تتكامل الجناية بتناول ما لا يتغذى به ولا يتداوى به لأن الإمساك ينعدم به صورة لا معنى ولأن الكفارة مشروعة للزجر والطباع السليمة تدعو إلى تناول ما يتغذى به وما يتداوى به لما فيه من إصلاح البدن فتقع الحاجة إلى شرع الزاجر فيه ولا تدعو الطباع السليمة إلى تناول ما لا يتغذى به ولا يتداوى به فلا حاجة لشرع الزاجر فيه

إذا عرفنا هذا فنقول الجوزة الرطبة لا تؤكل كما هي عادة واللوزة الرطبة تؤكل كما هي عادة وهذا إذا ابتلع الجوزة فأما إذا مضغها وهي رطبة أو يابسة فعليه الكفارة ذكره " الحسن " عن " أبي حنيفة " رحمهما الله تعالى لأنه تناول لبها ولب الجوز مما يتغذى به وأكثر ما فيه أنه جمع بين ما يتغذى به وبين ما لا يتغذى به في التناول وذلك موجب للكفارة عليه

وإذا ابتلع أهليلجة فعليه القضاء والكفارة أراد به الدواء أو لم يرد هكذا ذكره " ابن سماعة " و " هشام " عن " محمد " رحمهم الله تعالى

وذكر " ابن رستم " عن " محمد " رحمهما الله تعالى أن عليه القضاء دون الكفارة قال : لأنها لا تؤكل كما هي للتداوي عادة

---

(١) المبسوط، ٩٧/١

والأصح ما ذكره هنا فإن الهليلجة مما يتداوى به فسواء أكلها على الوجه المعتاد أو على غير الوجه المعتاد قلنا إنه تجب عليه الكفارة وكذلك إن أكل مسكا أو غالية أو زعفرانا فعليه القضاء والكفارة لأن هذه الأشياء تؤكل عادة للتغذي أو للتداوي

وذكر " الحسن " عن " أبي حنيفة " رحمهما الله تعالى أنه لو أكل عجينا لا تلزمه الكفارة لأن العجين لا يؤكل عادة قبل الطبخ ولا يدعو الطبع إلى تناوله وهكذا ذكر " ابن رستم " عن " محمد " رحمهما الله تعالى . وقال : لو أكل الدقيق أيضا لا تلزمه الكفارة لأنه يصير عجينا في فمه قبل أن يصل إلى جوفه

قال : ولو أكل حنطة يجب عليه القضاء

صفحة [١٣٩] والكفارة لأن الحنطة تؤكل كما هي عادة فإنها مادامت رطبة تؤكل وبعد اليبس تغلى فتؤكل وتقلى فتؤكل

قال : ولو أكل طينا أرمنيا فعليه الكفارة ذكره " ابن رستم " عن " محمد " رحمهما الله تعالى . قال : لأنه بمنزلة الغاريقون يتداوى به

قال " ابن رستم " فقلت له : فإن أكل من هذا الطين الذي يأكله الناس . قال : لا أعرف أحدا يأكله

وفي رواية أخرى عن " محمد " رحمه الله تعالى أنه لا تلزمه الكفارة في الطين الأرمني أيضا إذا أكله كما هو إلا أن يسويه على الوجه المعتاد الذي يتداوى به والأول أصح

قال : ومن أفطر في شهر رمضان بعذر والشهر ثلاثون يوما فقضى شهرا بالأهلة وهو تسعة وعشرون يوما فعليه قضاء يوم آخر لقوله تعالى : ﴿ " فعدة من أيام أخر " ﴾ البقرة : ١٨٤ ففي هذا بيان أن المعتبر في القضاء إكمال العدة بالأيام

قال : ولو شهد رجل واحد برؤية هلال رمضان وبالسماء علة قبلت شهادته إذا كان عدلا وقد بينا هذه المسألة في كتاب الصوم والاستحسان وشرط في الكتاب أن يكون الشاهد عدلا

والطحاوي

يقول : عدلا كان أو غير عدل

قيل مراده : أنه يكتفي بالعدالة الظاهرة ولا يشترط أن يكون الشاهد عدلا في الباطن

وقيل : إنما لا تشترط العدالة في هذا الموضع لانتفاء التهمة لأنه يلزمه من الصوم ما يلزم غيره وإنما لا يقبل خبر الفاسق لتمكن التهمة

والأصح اشتراط العدالة فيه لأن هذا من أمور الدين ولهذا يكتفى فيه بخبر الواحد وخبر الفاسق في باب الدين غير مقبول بمنزلة رواية الحديث عن رسول الله صلى الله عليه و سلم

قال : وأما على الفطر فلا تقبل إلا شهادة رجلين إذا كان بالسماء علة وأشار في بعض النوادر إلى الفرق فقال المتعلق بهلال رمضان هو الشروع في العبادة وخبر الواحد فيه مقبول كما لو أخبر بإسلام رجل والمتعلق بهلال شوال الخروج من العبادة وذلك لا يثبت إلا بشهادة رجلين كما في الشهادة على ردة المسلم . وأشار هنا إلى فرق آخر فقال : المتعلق

بهلال شوال ما فيه منفعة للناس وهو الترخص بالفطر فيكون هذا نظير الشهادة على حقوق العباد والمتعلق بهلال رمضان محض حق الشرع وهو الصوم الذي هو عبادة يؤخذ فيها بالاحتياط فلهذا يكتفى فيه بخبر الواحد إذا كان بالسماء علة وهذا صحيح على ما روى " الحسن " عن " أبي حنيفة " رحمهما الله تعالى أنهم يصومون بخبر الواحد ولا يفطرون إذا لم يروا الهلال وإن أكملوا العدة ثلاثين يوما بدون التيقن بانسلاخ رمضان للأخذ بالاحتياط في الجانبين

فأما " ابن سماعة " يروي عن " محمد " رحمه الله تعالى : أنهم يفطرون إذا أكملوا العدة ثلاثين يوما لأن صوم الفرض في رمضان لا يكون

صفحة [١٤٠] أكثر من ثلاثين يوما

وقال " ابن سماعة " : فقلت " لمحمد " : كيف يفطرون بشهادة الواحد ؟ قال : لا يفطرون بشهادة الواحد بل بحكم الحاكم لأنه لما حكم بدخول رمضان وأمر الناس بالصوم فمن ضرورته الحكم بانسلاخ رمضان بعد مضي ثلاثين يوما

والحاصل أن الفطر هنا مما تفضي إليه الشهادة لا أنه يكون ثابتا بشهادة الواحد وهو نظير شهادة القابلة على النسب فإنها تكون مقبولة ثم يفضي ذلك إلى استحقاق الميراث والميراث لا يثبت بشهادة القابلة ابتداء ويستوي إن شهد رجل أو امرأة على شهادة نفسه أو على شهادة غيره حرا كان أو عبدا محدودا في القذف أو غير محدود بعد أن يكون عدلا في ظاهر الرواية بمنزلة رواية الأخبار فإن الصحابة كانوا يقبلون رواية " أبي بكرة " بعد ما أقيم عليه حد القذف

وفي رواية " الحسن " عن " أبي حنيفة " رحمهما الله تعالى لا تقبل شهادة المحدود في القذف على رؤية الهلال وإن حسنت توبته لأنه محكوم بكذبه شرعا . قال الله تعالى : ﴿ " فإن لم يأتوا بالشهادة فأولئك عند الله هم الكاذبون " ﴾ النور : ١٣ فإذا كان المتهم بالكذب وهو الفاسق غير مقبول الشهادة هنا فالمحكوم بكذبه كان أولى

فأما إذا لم يكن بالسماء علة فلا تقبل شهادة الواحد والمثنى حتى يكون أمرا مشهورا ظاهرا في هلال رمضان وهكذا في هلال الفطر في رواية هذا الكتاب وفي رواية " الحسن " عن " أبي حنيفة " رحمهما الله تعالى قال :

تقبل فيه شهادة رجلين أو رجل وامرأتين بمنزلة حقوق العباد

والأصح ما ذكر هنا فإن في حقوق العباد إنما تقبل شهادة رجلين إذا لم يكن هناك ظاهر يكذبهما وهنا الظاهر يكذبهما في هلال رمضان وفي هلال شوال جميعا لأنهما أسوة سائر الناس في الموقف والمنظر وحدة البصر وموضع القمر فلا تقبل فيه الشهادة إلا أن يكون أمرا مشهورا ظاهرا وقد بينا اختلاف الأقاويل في ذلك في كتاب الصوم

قال : ولو أن رجلا جامع امرأته ناسيا في رمضان فتذكر ذلك وهو مخالطها فقام عنها أو جامعها ليلا فانفجر الصبح وهو مخالطها فقام عنها من ساعته فلا قضاء عليه في الوجهين جميعا وقال " زفر " رحمه الله تعالى عليه القضاء في الوجهين لوجود جزء من المجامعة بعد التذكر وانفجار الصبح إلى أن نزع نفسه منها وذلك يكفي لإفساد الصوم

ولكنا نقول : ذلك مما لا يستطاع الامتناع عنه ومما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو

وأصل هذه المسألة فيما إذا حلف لا يلبس هذه الثوب وهو لابسه فنزعه من ساعته فهو حانث في القياس وهو قول " زفر " رحمه الله تعالى لوجود جزء من اللبس بعد اليمين

وفي الاستحسان لا حنث لأن

صفحة [١٤١] ما لا يستطاع الامتناع عنه فهو عفو

يوضحه أن نزع النفس كف عن المجامعة والكف عن المجامعة ركن الصوم فلم يوجد منه بعد انفجار الصبح ولا بعد التذكر إلا ما هو ركن الصوم وذلك غير مفسد لصومه

ألا ترى أن اللقمة لو كانت في فيه فألقاها بعد التذكر أو بعد انفجار الصبح لم يفسد صومه إلا أن " زفر " رحمه الله تعالى يفرق فيقول :

الموجود هناك جزء من إمساك اللقمة في فيه إلى أن يلقيها وذلك غير مفسد للصوم والموجود هنا جزء من الجماع وذلك مفسد للصوم

وعن " أبي يوسف " رحمه الله تعالى قال في الناسي : لا يفسد صومه إذا نزع نفسه كما تذكر وإذا انفجر الصبح فعليه القضاء وإن نزع نفسه لأن آخر الفعل من جنس أوله وأول الفعل من الناسي غير مفسد للصوم مع مصادفته وقت الصوم فكذلك آخره وأول الفعل في حق الذي انفجر له الصبح عمد مفسد للصوم إذا صادف وقت الصوم فكذلك آخره

ويوضحه : أن الشروع في الصوم يكون عند طلوع الفجر فاقتران المجامعة بطلوع الفجر يمنع صحة الشروع في الصوم فيلزمه القضاء وفي حق الناسي شروعه في الصوم صحيح ولم يوجد بعده ما يفسد الصوم فلهذا لا يلزمه القضاء

ولم يذكر في الكتاب أنه بعد ما نزع نفسه لو أمنى هل يلزمه القضاء أم لا ؟ قال رضي الله عنه :

والصحيح أنه لا يفسد صومه لأن مجرد خروج المني لا يفسد الصوم وإن كان على وجه الشهوة كما لو احتلم ولم يوجد بعد التذكر وطلوع الفجر إلا ذلك

وإذا أتم الفعل بعد التذكر وطلوع الفجر فعليه القضاء دون الكفارة عندنا

وعلى قول " الشافعي " رحمه الله تعالى عليه القضاء والكفارة لوجود المجامعة بعد التذكر وطلوع الفجر والموجب للكفارة عنده الجماع المعدم للصوم وقد وجد

فأما عندنا الموجب للكفارة هو الفطر على وجه تتكامل به الجناية وذلك لم يوجد فيما إذا طلع الفجر وهو مخالط لأهله فداوم على ذلك لأن شروعه في الصوم لم يصح مع المجامعة والفطر إنما يكون بعد الشروع في الصوم ولم يوجد ولئن كان الموجب للكفارة الجماع المعدم للصوم فالجماع هو إدخال الفرج في الفرج ولم يوجد منه بعد التذكر ولا بعد طلوع الفجر إدخال الفرج في الفرج وإنما وجد منه الاستدامة وذلك غير الإدخال ألا ترى أن من حلف لا يدخل دار فلان وهو فيها لم يحنث وإن مكث في الدار ساعة فهذا مثله

ولو أنه نزع نفسه ثم أولج ثانيا فعليه الكفارة بالاتفاق لأنه وجد منه إبتداء المجامعة بعد صحة الشروع في الصوم مع التذكر فيكون عليه القضاء والكفارة وهذا على الرواية الظاهرة فيما إذا جامع ثانيا وهو يعلم أن

صفحة [١٤٢] صومه لم يفسد به ثم أفطر بعد ذلك متعمدا فإنه تلزمه الكفارة فأما على الرواية التي رويت عن " أبي حنيفة " رحمه الله تعالى أنه لا يلزمه الكفارة وإن كان عالما لشبهة القياس فهنا أيضا يقول لا تجب الكفارة

قال : ولو أن صائما ابتلع شيئا كان بين أسنانه فلا قضاء عليه سمسمة كانت أو أقل منها لأن ذلك مغلوب لا حكم له كالذباب يطير في حلقه وإن تناول سمسمة وابتلعها ابتداء فهو مفطر لأن هذا يقصد إبطال صومه ومعنى هذا أنه

إذا أدخل سمسمة في فمه فابتلعها فقد وجد منه القصد إلى إيصال المفطر إلى جوفه وذلك مفسد لصومه فأما إذا كان باقيا بين أسنانه فلم يوجد منه القصد إلى إيصال المفطر إلى جوفه والذي بقي بين أسنانه تبع لريقه ولو ابتلع ريقه لم يفسد صومه فهذا مثله

يوضح الفرق أنه لا يمكنه التحرز عن اتصال ما بقي بين أسنانه إلى جوفه خصوصا إذا تسحر بالسويق وما لا يمكنه التحرز عنه فهو عفو ألا ترى أن الصائم إذا تمضمض فإنه يبقى في فمه بلة ثم تدخل بعد ذلك حلقه مع ريقه وأحد لا يقول بأن ذلك يفطره

وذكر " الحسن بن أبي مالك " عن " أبي يوسف " رحمهما الله تعالى أنه لو بقي لحم بين أسنان الصائم فابتلعه فعليه القضاء قال : وهذا إذا كان قدر الحمصة أو أكثر فإن كان دون ذلك فلا قضاء عليه . فبهذه الرواية يظهر الفرق بين القليل الذي لا يستطاع الامتناع عنه وبين الكثير الذي يستطاع الامتناع عنه

ثم في قدر الحمصة أو أكثر إذا ابتلعه فعليه القضاء دون الكفارة عند " أبي يوسف " رحمه الله تعالى وهو قول " أبي حنيفة " و " محمد " رحمهما الله تعالى أيضا

وعند " زفر " رحمه الله تعالى عليه القضاء والكفارة لأن ذلك مما يتغذى به ولو أدخله في فيه وابتلعه كان عليه القضاء والكفارة فكذلك إذا كان باقيا بين أسنانه فابتلعه وليس فيه أكثر من أنه متغير وذلك لا يمنع وجوب الكفارة عليه كما لو أفطر بلحم منتن

ولكنا نقول : ما بقي بين الأسنان مما لا يتغذى به ولا يتداوى به في العادة مقصودا فالفطر به لا يوجب الكفارة كالفطر بتناول الحصاة

يوضحه : أنه لم يوجد منه ابتداء الأكل في حالة الصوم لأن ابتداء الأكل بإدخال الشيء في فيه وإتمامه بالاتصال إلى جوفه وحين أدخل هذا في فيه لم يكن فعله جناية على الصوم فتتمكن الشبهة في حقه في فعله والكفارة تسقط بالشبهة

ولو أن مسافرا صام في رمضان عن واجب آخر أجزأه من ذلك الواجب في قول " أبي حنيفة " رحمه الله تعالى وعليه قضاء رمضان

وفي قول " أبي يوسف " و " محمد " رحمهما الله تعالى يقع صومه عن رمضان ولا يكون عن غيره بنيته مريضا كان أو مسافرا

ولم يذكر قول " أبي

صفحة [١٤٣] حنيفة " رحمه الله تعالى في المريض نصا ولكن أطلق **الجواب** في حق من كان مقيما أنه يكون صومه عن فرض رمضان وهو الصحيح لأنه لا فرق في ذلك بين المريض والصحيح لأن المريض إنما يباح له الترخص بالفطر إذا كان عاجزا عن الصوم فأما إذا كان قادرا على الصوم فهو والصحيح سواء فيكون صومه عن فرض رمضان

وأما المسافر إذا نوى التطوع في رمضان فلا **إشكال** في قولهما أنه يكون صومه عن فرض رمضان

وعن " أبي حنيفة " رحمه الله تعالى فيه روايتان

(يتبع . . .) ." (١)

" قال وإذا حلف بالمشي إلى بيت الله تعالى فحنث فعليه حجة أو عمرة استحسانا وفي القياس لا شيء عليه لأن الالتزام بالنذر إنما يصح فيما يكون من جنسه واجب شرعا والمشي إلى بيت الله تعالى ليس من جنسه واجب شرعا فلا يصح الالتزام بالنذر توضيحه أن الالتزام باللفظ ولم يلزمه ما تلفظ به بالاتفاق وهو المشي فلأن لا يلزمه ما لم يتلفظ به من الحج والعمرة أولى

ولكنا تركنا القياس بحديث " علي " رضي الله عنه قال فيمن نذر المشي إلى بيت الله تعالى فعليه حجة أو عمرة والعرف الظاهر بين الناس أنهم يذكرون هذا اللفظ ويريدون به التزام النسك واللفظ إذا صار عبارة عن غيره مجازا سقط اعتبار حقيقته ويجعل كأنه تلفظ بما صار عبارة عنه ولأنه لا يتوصل إلى بيت الله تعالى إلا بالإحرام فكأنه التزم الإحرام بهذا اللفظ والإحرام لأداء أحد النسكين أما الحج أو العمرة فكأنه التزم بهذا اللفظ ما يخرج به عن الإحرام فلهذا يلزمه حجة أو عمرة ويمشي فيها كما التزم فإذا ركب أراق دما " لحديث " عقبة بن عامر " – رضي الله تعالى عنه – حيث قال يا رسول الله : إن أختي نذرت أن تحج ماشية فقال – صلى الله عليه و سلم – : إن الله تعالى غني عن تعذيب أختك مرها فلتركب ولترق دما " ولأن الحج ماشيا أفضل فإن الله تعالى قدم المشاة على الركبان فقال : ﴿ " يأتوك رجالا وعلى كل ضامر " ﴾ الحج : ٢٧ ولهذا كان " ابن عباس " – رضي الله تعالى عنه – بعد ما كف بصره يتأسف على تركه الحج ماشيا " و " الحسن بن علي " – رضي الله تعالى عنه – كان يمشي في طريق الحج والجنائب تقاد بجنبه فقيل له : ألا تركب ؟ فقال سمعت رسول الله – صلى الله عليه و سلم – يقول من مشى في طريق الحج كتب الله له بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم " قيل : وما حسنات الحرم ؟ قال : الواحدة بسبعمائة ضعف فإذا ثبت أن المشي أفضل قلنا إذا ركب فقد أدى أنقص مما التزم فعليه لذلك دم فإن قيل كيف يستقيم هذا وقد كره " أبو حنيفة " – رحمه الله تعالى – المشي في طريق الحج قلنا لا كذلك وإنما كره الجمع بين الصوم والمشي وقال إذا جمع بينهما ساء خلقه فجادل رفيقه والجدال منهي عنه

فإن اختار المشي فالصحيح من المذهب أنه يلزمه المشي من بيته

وقال بعض أصحابنا – رحمهم الله تعالى – يلزمه المشي من الميقات لأنه التزم المشي في النسك وذلك عند إحرامه من الميقات ولكن العادة الظاهرة أن الناس بهذا اللفظ يقصدون المشي من بيوتهم وقد قال " علي " و " ابن مسعود " – رضي الله عنهما – في قوله تعالى : ﴿ " وأتموا الحج والعمرة لله " ﴾ قال : إتمامهما أن تحرم بهما من دويرة أهلك فميقات الرجل في الإحرام منزله ولكن يرخص له في تأخير الإحرام إلى الميقات ولو أحرم من بيته لا **إشكال** أنه يمشي من بيته فكذلك إذا أخر الإحرام قلنا يمشي من بيته كما التزم ثم لا يركب إلى أن يطوف طواف الزيارة لأن تمام الخروج من الإحرام به يحصل فإن تمام التحلل في حق النساء إنما يحصل بالطواف وإذا اختار العمرة مشى إلى أن يحلق فإن قرن بهذه العمرة حجة الإسلام أجزأه لأن القارن يأتي بكل واحد من النسكين بكماله فنسك العمرة التزمه بالنذر والحج حجة الإسلام وقد أداهما بصفة الكمال فعليه دم القران لذلك وإن كان ركب فعليه دم لركوبه مع دم القران

---

(١) المبسوط، ١٣٨/٣

قال وكل من وجب عليه دم في المناسك جاز أن يشاركه في بدنة ستة نفر قد وجبت عليهم الدماء فيها ألا ترى أن النبي – صلى الله عليه و سلم – جوز ذلك في كل سبعة من أصحابه عام الحديبية ولا فرق بين أن يكون جنس الواجب عليهم واحدا أو مختلفا في حكم الجواز حتى إذا قصد بعضهم دم المتعة وبعضهم دم الإحصار وجزاء الصيد فذلك جائز بخلاف ما إذا قصد بعضهم اللحم لأن الواجب إراقة دم هو قربة وإراقة الدم في كونه قربة لا يتجزأ فإذا قصد بعضهم اللحم لم يكن فيه معنى القربة خالصا فأما عند اختلاف جهات القربة فقصد كل واحد منهم معنى القربة فقط فلهذا يتأدى الواجب به ولو كان كله جنسا واحدا كان أحب إلي لأن دماء القرب مختلفة بعضها لا يحل التناول منه للأغنياء كدماء الكفارات وبعضها يحل فإذا اتحد الجنس فقد اتحد معنى القربة في المذبوح فيكون أقرب إلى الجواز

قال فإذا نذر المشي إلى بيت الله تعالى ونوى مسجد المدينة أو مسجد بيت المقدس أو مسجدا آخر فلا شيء عليه أما صحة نيته فلأنها مطابقة للفظه والمساجد كلها بيوت الله تعالى قال الله تعالى : ﴿ " في بيوت أذن الله أن ترفع " ﴾ وإذا عملت نيته صار ذلك كالملفوظ به فلا يلزمه شيء لأن سائر المساجد يباح دخولها بغير إحرام فلا يصير به ملتزما للإحرام وعلى هذا لو قال : أنا أمشي إلى بيت الله تعالى قال : فإن نوى به العدة فلا شيء عليه لأن المواعيد لا يتعلق بها اللزوم ولكن يندب إلى الوفاء بالوعد وإن نوى به النذر كان نذرا وكذلك إن لم يكن له نية فهو نذر وكذلك إن لم يكن نوى شيئا من المساجد فهو على الكعبة للعادة الظاهرة فإن الناس إذا أطلقوا هذه اللفظة يريدون بها الكعبة وعلى هذا لو قال علي المشي إلى " مكة " أو إلى الكعبة فهو وقوله إلى بيت الله سواء وقوله وإن قال علي المشي إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام فلا شيء عليه في قول " أبي حنيفة " – رحمه الله تعالى – أخذا بالقياس فيه لأن الناس لا يطلقون هذا اللفظ عادة لإرادة التزام الحج والعمرة بخلاف ما تقدم من الألفاظ الثلاثة ثم المسجد الحرام بمنزلة الفناء للكعبة والحرم بمنزلة الفناء ل " مكة " فلا يجعل ذكر الفناء كذكر الأصل في النذر بل يجعل هذا بمنزلة ما لو قال لله علي المشي إلى الصفا أو إلى المروة أو إلى مقام " إبراهيم " – صلوات الله عليه وسلامه – فلا يلزمه شيء و " أبو يوسف " و ا ا " محمد " رحمهما الله تعالى قالا نأخذ بالاحتياط أو بالاستحسان في هذين الفصلين أيضا لأنه لا يتوصل إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام إلا بالإحرام فصار بهما ملتزما للإحرام

قال ولو قال على السفر إلى " مكة " أو الذهاب أو الاتيان إلى " مكة " أو الركوب فلا شيء عليه والقياس في الألفاظ كلها واحد ولكن فيما تعارف الناس التزام النسك به تركنا القياس فيه للعرف فما لا عرف فيه أخذنا بالقياس فإن قال إن كلمت فلانا فلله علي حجة يوم أكلمه ينوي أنه يجب عليه يوم يكلمه فكلمه وجب عليه حجة يقضيها متى شاء ولم يكن محرما بها يومئذ ما لم يحرم بمنزلة ما لو قال علي حجة اليوم كانت واجبة عليه يحرم بها متى شاء لأنه التزمها في ذمته والشروع في الأداء لا يتصل بالالتزام في الذمة كسائر العبادات فإن من قال لله علي أن أصوم اليوم لا يصير صائما بنذره والإحرام شروع في الأداء فلا يثبت بالالتزام ولأن ما يوجب على نفسه معتبر بما أوجب الله تعالى عليه ومن وجب عليه الحج بوجود الزاد والراحلة لا يصير محرما بنفس الوجوب عليه فكذلك لا يصير محرما بمجرد ما قال وإن وصل الاستثناء بنذره لم يلزمه شيء لأن الاستثناء يخرج الكلام من أن يكون عزيمة " قال صلى الله عليه و سلم من حلف بطلاق أو عتاق واستثني فلا حنث عليه " ولو قال لآخر علي حجة إن شئت فقال قد شئت فهو عليه لأن تعليق النذر بالشرط صحيح

فإذا علقه بمشيئته وشاء جعل كأنه أرسل النذر عند ذلك فيلزمه كالطلاق والعتاق وقوله علي حجة مثل قوله لله علي حجة لأن الحج لا يكون إلا لله تعالى والالتزام بقوله علي ولو قال إن فعلت كذا فأنا أحرم فإن نوى به العدة فلا شيء عليه وإن نوى به الايجاب لزمه إذا فعل ذلك إما حجة أو عمرة وإن لم يكن له نية فالقياس أن لا يلزمه شيء لأن ظاهر لفظه عدة وفي الاستحسان يلزمه لأن في عرف اللسان يراد بمثله التحقيق للحال . ألا ترى أن المؤذن يقول أشهد أن لا إله إلا الله والشاهد يقول بين يدي القاضي أشهد ويريد به التحقيق لا العدة وقوله أنا أهدي بمنزلة قوله أنا أحرم

قال وإن قال إن فعلت كذا فأنا أحج بفلان فحنث فإن كان نوى فأنا أحج وهو معنا فعليه أن يحج وليس عليه أن يحج به وإن نوى أن يحججه فعليه أن يحججه كما نوى لأن الباء للالصاق فقد ألصق فلانا بحجة وهذا يحتمل معنيين أن يحج فلان معه في الطريق وأن يعطي فلانا ما يحج به من المال والتزام الأول بالنذر غير صحيح والتزام الثاني صحيح لأن الحج يؤدي بالمال عند اليأس عن الأداء بالبدن فكان هذا في حكم البدل وحكم البدل حكم الأصل فيصح التزامه بالبدل كما يصح التزامه بالأصل فإن نوى الوجه الأول عملت نيته لاحتمال كلامه ولكن المنوي لا يصح التزامه بالنذر فلا يلزمه به شيء وإنما عليه أن يحج بنفسه فقط وإن نوى الثاني فقد نوى ما يصح التزامه بالنذر فيلزمه ذلك وإذا لزمه ذلك فإما أن يعطيه من المال ما يحج به أو يحج به مع نفسه ليحصل به الوفاء بالنذر فإن لم يكن له نية فعليه أن يحج وليس عليه أن يحجج فلانا لأن لفظه في حق فلان محتمل والوجوب لا يحصل باللفظ المحتمل وإن كان قال فعلي أن أحجج فلانا فهذا محكم غير محتمل فإنه تصريح الالتزام بإحجاج فلان وذلك صحيح بالنذر ولو قال إن فعلت كذا فأنا أهدي فلانا ففعل ذلك الفعل فلا شيء عليه لأن النذر بالهدي لا يصح إلا في الملك وهو قد نذر هدي ما لا يملكه وما لا مالية فيه فكان نذره لغوا إذ لا ولاية له على فلان ليهديه إلا أن يكون فلان ذلك ولده فحينئذ يكون على القياس والاستحسان المعروف في نذر ذبح الولد

قال ولو قال إن فعلت كذا فأنا أهدي كذا وسمى شيئا من ماله فعليه أن يهديه لأنه التزم أن يهدي ما هو مملوك له والهدي قربة والتزام القربة في محل مملوك له صحيح كما لو نذر أن يتصدق به ثم الاهداء يكون إلى مكان وذلك المكان وإن لم يكن في لفظه حقيقة ولكن صار معلوما بالعرف أنه " مكة " فإن الله تعالى قال في الهدايا ﴿ " ثم محلها إلى البيت العتيق " ﴾ فإذا تعين المكان بهذا المعنى فإن كان ذلك الشيء مما يتقرب بإراقة دمه فعليه أن يذبحه " بمكة " وإن كان لا يتقرب بإراقة دمه وإنما يتقرب بالتصدق به فإنه يتصدق به على مساكين " مكة " وإن كان ذلك الشيء لا يستطيع أن يهديه بنفسه كالدار والأرض فعليه أن يهديه بقيمته لأن التقرب يحصل بالعين تارة ويحصل بمعنى المالية أخرى فإذا كانت العين لا تحول من مكان إلى مكان عرفنا أن مراده التزام التصدق بماليته فعليه أن يهدي قيمته يتصدق به على مساكين " مكة " وإن أعطاه حجبة البيت أجزأه بعد أن يكونوا فقراء لأنهم بمنزلة غيرهم من المساكين

قال وكذلك إن قال فثوبي هذا ستر البيت أو قال أنا أضرب به حطيم البيت فعليه أن يهديه استحسانا وفي القياس لا شيء عليه لأن ما صرح به في كلامه لا يلزمه لأنه ليس بقربة فلأن لا يلزمه غيره أولى وفي الاستحسان إنما يراد بهذا اللفظ الاهداء به فصار اللفظ عبارة عما يراد به غيره فكأنه التزم أن يهديه لأن اللفظ متى صار عبارة عن غيره سقط اعتباره في نفسه حقيقة

قال وإن قال مالي هدى فعليه أن يهدي ماله كله قال بلغنا عن " إبراهيم " أنه قال – في مثل – : هذا يتصدق بماله كله ويمسك منه قدر قوته فإذا أفاد ما لا يتصدق بقدر ما أمسك وأورد هذه المسألة في كتاب الهبة فيما إذا قال مالي صدقة فقال في القياس ينصرف هذا إلى كل مال له وهو قول " زفر " – رحمه الله تعالى – وفي الاستحسان ينصرف إلى مال الزكاة خاصة بخلاف أما إذا قال : جميع ما أملك فمن أصحابنا من قال ما ذكر هنا **جواب** القياس لأن التزام الهدي في كل مال كالتزام الصدقة في كل مال والأصح أن يفرق بينهما فيقال في لفظة الصدقة إنما حمل هذا اللفظ على مال الزكاة خاصة اعتبارا لما يوجبه على نفسه بما أوجبه الله تعالى عليه وما أوجب الله تعالى عليه من الصدقة في المال مختص بمال الزكاة فكذلك ما يوجبه العبد على نفسه وهنا إنما أوجب الهدي وما أوجب الله تعالى من الهدي لا يختص بمال الزكاة فكذلك ما يوجبه على نفسه فلهذا اعتبرنا فيه حقيقة اللفظ ولكنه يمسك مقدار قوته لأن حاجته مقدمة على حاجة غيره فإذا أفاد مالا تصدق بمثل ما أمسك لتعلق حق المساكين به ثم قال : وكذلك إن قال كل مالي صدقة في المساكين فهذا مثل الأول في قول " إبراهيم " رحمه الله تعالى وهذا العطف يؤيد ما قلنا أولا أن المذكور **جواب** القياس فإن القياس والاستحسان منصوص عليهما في لفظ الصدقة في كتاب الهبة وإن قال إن فعلت كذا فغلامي هذا هدي فباعه ثم فعل ذلك لم يلزمه شيء لأن المعلق بالشرط عند وجوده كالمنشأ ولو أنشأ النذر عند ذلك الفعل لم يلزمه شيء لأن العبد ليس في ملكه فكذلك إذا وجد الشرط وكذلك إن كان الغلام في غير ملكه حين حلف ثم اشتراه ثم فعل ذلك لأن اليمين بالنذر في محل معين لا يصح إلا باعتبار الملك أو الإضافة إلى الملك ولم يوجد الملك ولا الإضافة إلى الملك في المحل وقت اليمين فلم ينعقد يمينه أصلا

قال وإن قال إن كلمت فلانا فهذا المملوك هدي ثم اشتراه صحت يمينه لوجود الإضافة إلى الملك ثم عند وجود الشرط وهو الكلام يصير كأنه أرسل النذر وإنما ينصرف إلى شراء بعده لا إلى شراء سبقه

قال وإن قال فهذه الشاة هدي إلى بيت الله تعالى أو إلى " مكة " أو إلى الكعبة وهو يملكها فعليه أن يهديها لأنه لو أطلق التزام الهدي صح نذره باعتبار هذا المكان فإذا صرح به كان أولى

(يتبع . . .) ." (١)

" (قال) الشيخ الإمام الأجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الإسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمهما الله تعالى أملاء اعلم بأن النكاح في اللغة عبارة عن الوطء تقول العرب : تناكحت العرا أي تناتجت ويقول أنكحنا العرى فسنرى لأمر يجتمعون عليه وينظرون ماذا يتولد منه وحقيقة المعنى فيه هو الضم ومنه يقال أنكح الظئر ولدها أي ألزمه ويقال إنكح الصبر أي الزمه وقال القائل :

إن القبور تنكح الأيامى ... والنسوة الأرامل اليتامى

أي تضمهن إلى نفسها واحد الواطئين ينضم إلى صاحبه في تلك الحالة فسمي فعلهما نكاحا قال القائل : (كبكر تحب لذيذ النكاح) أي الجماع وقال القائل :

---

(١) المبسوط، ١٩/٤

التاركين على ظهر نساءهم ... والناكحين بشطى دجلة البقرا

أي الواطئين ثم يستعار للعقد مجازا إما لأنه سبب شرعي يتوصل به إلى الوطء أو لأن في العقد معنى الضم فإن أحدهما ينضم به إلى الآخر ويكونان كشخص واحد في القيام بمصالح المعيشة

وزعم الشافعي – رحمه الله تعالى – أن اسم النكاح في الشريعة يتناول العقد فقط

وليس كذلك فقد قال الله تعالى : ﴿ حتى إذا بلغوا النكاح ﴾ (النساء : ٦) يعني الاحتلام فإن المحتلم يرى في منامه صورة الوطء وقال الله تعالى : ﴿ الزاني لا ينكح إلا زانية ﴾ (النور : ٣) والمراد الوطء وفي الموضع الذي حمل على العقد فذلك لدليل اقترن به من ذكر العقد أو خطاب الأولياء في قوله : ﴿ وأنكحوا الأيامى منكم ﴾ أو اشتراط إذن الأهل في قوله تعالى : ﴿ فأنكحوهن بإذن أهلن ﴾ (النور : ٣٢) ثم يتعلق بهذا العقد أنواع من المصالح الدينية والدنيوية من ذلك حفظ النساء والقيام عليهن والإنفاق ومن ذلك صيانة النفس عن الزنا ومن ذلك تكثير عباد الله تعالى وأمة الرسول – صلى الله عليه و سلم – وتحقيق مباهاة الرسول – صلى الله عليه و سلم – بهم كما قال : (تناكحوا تناسلوا تكثروا فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة) وسببه تعلق البقاء المقدور به إلى وقته فإن الله تعالى حكم ببقاء العالم إلى قيام الساعة وبالتناسل يكون هذا البقاء وهذا التناسل عادة لا يكون إلا بين الذكور والإناث ولا يحصل ذلك بينهما إلا بالوطء فجعل الشرع طريق ذلك الوطء النكاح لأن في التغالب فسادا وفي الإقدام بغير ملك اشتباه الأنساب

وهو سبب لضياع النسل لما بالإناث من بني آدم من العجز عن التكسب والإنفاق على الأولاد فتعين الملك طريقا له حتى يعرف من يكون منه الولد فيوجب عليه نفقته لئلا يضيع وهذا الملك على ما عليه أصل حال الآدمي من الحرية لا يثبت إلا بطريق النكاح فهذا معنى قولنا إنه تعلق به البقاء المقدور به إلى وقته ثم هذا العقد مسنون مستحب في قول جمهور العلماء رحمهم الله تعالى وعند أصحاب الظواهر واجب لظاهر الأمر به في الكتاب والسنة ولما روي (أن النبي – صلى الله عليه و سلم – قال لعكاف بن خالد : ألك امرأة فقال لا فقال صلى الله عليه و سلم (تزوج فإنك من إخوان الشياطين) وفي رواية (إن كنت من رهبان النصارى فالحق بهم وإن كنت منا فتزوج فإن المهاجر من أمتي من مات وله زوجة أو زوجتان أو ثلاث زوجات) ولأن التحرز من الزنا فرض ولا يتوصل إليه إلا بالنكاح وما لا يتوصل إلى الفرض إلا به يكون فرضا وحجتنا أن النبي – صلى الله عليه و سلم – ذكر أركان الدين من الفرائض وبين الواجبات ولم يذكر من جملتها النكاح وقد كان في الصحابة رضي الله عنهم من لم يتزوج ولم ينكر عليه رسول الله – صلى الله عليه و سلم – ذلك والصحابة رضي الله عنهم فتحوا البلاد ونقلوا ما جل ودق من الفرائض ولم يذكروا من جملتها النكاح وكما يتوصل بالنكاح إلى التحرز عن الزنا يتوصل بالصوم إليه

قال صلى الله عليه و سلم : (يا معشر الشبان عليكم بالنكاح فمن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء) وتأويل ما روي في حق من تتوق نفسه إلى النساء على وجه لا يصبر عنهن وبه نقول إذا كان بهذه الصفة لا يسعه ترك النكاح فأما إذا لم يكن بهذه الصفة فالنكاح سنة له قال – صلى الله عليه و سلم – (ثلاث من سنن المرسلين : النكاح والتعطر وحسن الخلق) وقال صلى الله عليه و سلم : (النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني) أي ليس على طريقتي

ولهذا قال علماؤنا – رحمهم الله تعالى – النكاح أفضل من التخلي لعبادة الله في النوافل

وقال الشافعي – رحمه الله تعالى – التخلي لعبادة الله تعالى أفضل إلا أن تتوق نفسه إلى النساء ولا يجد الصبر على التخلي لعبادة الله واستدل بقوله تعالى : ﴿ وسيدا وحصورا ﴾ فقد مدح يحيى صلى الله عليه و سلم بأنه كان حصورا والحصور هو الذي لا يأتي النساء مع القدرة على الإتيان فدل أن ذلك أفضل ولأن النكاح من جنس المعاملات حتى يصح من المسلم والكافر والمقصود به قضاء الشهوة وذلك مما يميل إليه الطبع فيكون بمباشرته عاملا لنفسه وفي الاشتغال بالعبادة هو عامل لله تعالى بمخالفة هوى النفس وفيه اشتغال بما خلقه الله تعالى لأجله قال الله تعالى : ﴿ وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون ﴾ (الذاريات : ٥٦) فكان هذا أفضل إلا أن تكون نفسه تواقة إلى النساء فحينئذ في النكاح معنيي تحصين الدين والنفس عن الزنا كما قال عمر رضي الله عنه أيما شاب تزوج فقد حصن ثلثي دينه فليتق الله في الثلث الباقي فلهذا كان النكاح أفضل في حقه

وحجتنا قوله صلى الله عليه و سلم (من كان على ديني ودين داود وسليمان عليهما السلام فليتزوج) وقد اشتغل رسول الله – صلى الله عليه و سلم – بالتزويج حتى انتهى العدد المشروع المباح له ولا يجوز أن يقال إنما فعل ذلك لأن نفسه كانت تواقة إلى النساء فإن هذا المعنى يرتفع بالمرأة الواحدة ولما لم يكتف بالواحدة دل أن النكاح أفضل والاستدلال بحال الرسول – صلى الله عليه و سلم – أولى من الاستدلال بحال يحيى عليه السلام مع أنه كان في تشريعتهم العزلة أفضل من العشرة وفي شريعتنا العشرة أفضل من العزلة كما قال صلى الله عليه و سلم (لا رهبانية في الإسلام) وقد بينا أن النكاح مشتمل على مصالح جمة فالاشتغال به أولى من الاشتغال بنفل العبادة على ما اختاره الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة وإنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضا ليرغب فيه المطيع والعاصي المطيع للمعاني الدينية والعاصي لقضاء الشهوة بمنزلة الإمارة ففيها قضاء شهوة الجاه والنفوس ترغب فيه لهذا المعنى أكثر من الرغبة في النكاح حتى تطلب ببذل النفوس وجر العساكر لكن ليس المقصود بها قضاء شهوة الجاه بل المقصود إظهار الحق والعدل ولكن الله تعالى قرن به معنى شهوة الجاه ليرغب فيه المطيع والعاصي فيكون الكل تحت طاعته والانقياد لأمره مع أن منفعة العبادة على العابد مقصورة ومنفعة النكاح لا تقتصر على الناكح بل تتعدى إلى غيره وما يكون أكثر نفعا فهو أفضل قال صلى الله عليه و سلم (خير الناس من ينفع الناس) إذا عرفنا هذا فنقول بدأ الكتاب فقال بلغنا عن رسول الله – صلى الله عليه و سلم – أنه قال لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على بنت أخيها ولا على بنت أختها ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفي ما في صحفتها فإن الله تعالى هو رازقها وهذا الحديث يرويه رجلان من الصحابة رضي الله عنهم ابن عباس وجابر – رضي الله عنهما – وهو مشهور بلغة العلماء بالمقبول والعمل به ومثله حجة يجوز به الزيادة على كتاب الله تعالى عندنا وفيه دليل على حرمة نكاح المرأة على عمتها وخالتها لأن هذا النهي بصيغة الخبر وهذا أبلغ ما يكون من النهي كما أن الأمر قد يكون بصيغة الخبر قال الله تعالى : ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ﴾ (البقرة : ٢٢٨) الآية وقال الله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ (البقرة : ٢٣٣) والنهي يقتضي التحريم ثم ذكر هذا النهي من الجانبين إما للمبالغة في بيان التحريم أو لإزالة **الإشكال**

فربما يظن ظان أن نكاح بنت الأخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على بنت الأخ يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح الأمة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الأمة فبين رسول الله – صلى الله عليه و سلم – ثبوت هذه الحرمة من الجانبين وقوله : لا تسأل المرأة طلاق أختها نهي بصيغة الخبر وله تأويلان

إما أن يكون المراد به الأخت دينا بأن تكون امرأتان تحت رجل وهو يحسن إليهما فتجيء إلى الزوج إحداهما وتقول : طلق صاحبتي ليتحول نصيبها إلي وهذا منهي عنه لأنه سبب للتحاسد والتنافر وقال – صلى الله عليه و سلم – (لا تحاسدوا ولا تباغضوا وكونوا عباد الله إخوانا)

أو يكون المراد به الأخت نسبا بأن تأتي المرأة إلى زوج أختها وتقول فارقها وتزوجني فإني أوفق لك وهذا منهي عنه لأنه سبب لقطيعة الرحم بينهما وقطيعة الرحم من الملاعن وإليه أشار صلى الله عليه و سلم في بعض الروايات فقال : (إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامهن) ومعنى قوله : (لتكفئ ما في صحيفتها) أي لتحول نصيبها إلى نفسها وروي (لتكفئ) وكلاهما لغة يقول كفأت القدر وأكفأتها إذا أملتها وأرقت ما فيها وفي بعض الروايات لتكف ما في صحفتها ومعناه لتقنع بما آتاها الله فإن الله تعالى هو رازقها والصحفة عبارة عن الحظ والنصيب وقد اشتمل الحديث على : الحتم والوعظ والندب فإن قوله : (فإن الله هو رازقها) وعظ وقوله : (لا تسأل ندب) لأنها لو فعلت ذلك جاز ولكن لا ينبغي لها أن تفعله وقوله : (لا تنكح المرأة على عمتها) حتم حتى إذا فعل ذلك لم يجز النكاح عندنا وقال عثمان البتي – رحمه الله تعالى – يجوز في غير الأختين لأن المحرم بالنص الجمع بين الأختين وهذا ناسخ لما يتلى في قوله تعالى : ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم ﴾ ونسخ الكتاب بخبر الواحد لا يجوز ولكنا نقول الحديث صحيح مقبول والعمل به واجب فلكونه مشهورا نقول يجوز نسخ الكتاب به عندنا أو نقول هذا مبين لما ذكر في الكتاب وليس بناسخ لأن الحل في الكتاب مقيد بشرط مبهم وهو قوله تعالى ﴿ أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ﴾ (النساء : ٢٤) وهذا الشرط مبهم فالحديث ورد لبيان ما هو مبهم في الكتاب ورسول الله – صلى الله عليه و سلم – بعث مبينا قال الله تعالى ﴿ لتبين للناس ما نزل إليهم ﴾ أو نقول هذا الحديث مقرر للحرمة المذكورة في الكتاب فإن الله تعالى ذكر في المحرمات الجمع بين الأختين لأن بينهما رحما يفترض وصلها ويحرم قطعها وفي الجمع قطيعة لرحم على ما يكون بين الضرائر من التنافر فبين رسول الله – صلى الله عليه و سلم – أن كل قرابة يفترض وصلها فهي في معنى الأختية في تحريم الجمع والتي بين العمة وبنت الأخ قرابة يفترض وصلها حتى لو كان أحدهما ذكرا والأخرى أنثى لم يجز للذكر أن يتزوج الأنثى صيانة للرحم وإذا ملكه عتق عليه تحرزا عن قطيعة الرحم فكان الحديث مقررا للحرمة المذكورة في القرآن لا أن يكون ناسخا

(قال) (وبلغنا عن عمر – رضي الله عنه – أنه قال : لأمنعن النساء فروجهن إلا من الأكفاء) وفي هذا دليل على أن للسلطان يدا في الأنكحة فقد أضاف المنع إلى نفسه وذلك يكون بولاية السلطنة وفيه دليل أن الكفاءة في النكاح معتبرة وأن المرأة غير ممنوعة من أن تزوج نفسها ممن يكافئها وأن النكاح ينعقد بعبارتها (قال) (وبلغنا عن النبي – صلى الله عليه و سلم – أنه قال (البكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها والثيب تشاور)) ومعنى قوله تستأمر في نفسها أي في أمر نفسها في النكاح فهو دليل على أنه ليس لأحد من الأولياء أن يزوجها من غير استئمارها أبا كان أو غيره وقيل معناه تستأمر خالية لا في ملأ من الناس لكيلا يمنعها الحياء من الرد إذا كانت كارهة ولا تذهب حشمة الولي عنه بردها

قوله وإذنها صماتها وفي بعض الروايات سكوتها رضاها وذلك دليل على أن رضاها شرط وأن السكوت منها دليل على الرضا فيكتفي به شرعا لما روي أن عائشة – رضي الله عنها – قالت : يا رسول الله إنها تستحي فتسكت فقال صلى الله عليه و سلم : (سكوتها رضاها) ومعنى هذا أنها تستحيي من إظهار الرغبة في الرجال وإذا استؤمرت فلها **جوابان** : نعم أو لا وسكوتها دليل على **الجواب** الذي يحول الحياء بينها وبين ذلك **الجواب** وهو الرضا دون الإباء إذ ليس في الإباء إظهار الرغبة في الرجال

وقد يكون السكوت دليل الرضا كسكوت الشفيع بعد العلم بالبيع وسكوت المولى عند رؤيته تصرف العبد عن الحجر عليه

وقوله : (والثيب تشاور) دليل على أنه لا يكتفي بسكوت الثيب فإن المشاورة على ميزان المفاعلة ولا يحصل ذلك إلا بالنطق من الجانبين وبظاهره يستدل الشافعي على أن الثيب الصغيرة لا يزوجها أحد حتى تبلغ فتشاور ولكنا نقول هذا اللفظ يتناول ثيبا تكون من أهل المشاورة والصغيرة ليست بأهل المشاورة فلا يتناولها الحديث

(قال) (وبلغنا عن إبراهيم رحمه الله تعالى قال البكر تستأمر في نفسها فلعل بها داء لا يعلمه غيرها) قيل معنى هذا لعلها رتقاء أو قرناء وذلك في باطنها لا يعلمه غيرها فإذا زوجت من غير استئمارها لا يحصل المقصود بالنكاح وينهتك سترها وقيل معناه لا تشتهي صحبة الرجال لمعنى في باطنها من غلبة الرطوبة أو نحو ذلك فإذا زوجت بغير استئمارها لا تحسن العشرة مع زوجها أو لعل قلبها مع غير هذا الذي تزوج منه فإذا زوجت بغير استئمارها لم تحسن صحبة هذا الزوج ووقعت في الفتنة لكون قلبها مع غيره وأى داء أدوى من العشق

(قال) (وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال (لا تنكح الأمة على الحرة وتنكح الحرة على الأمة) وفيه دليل على أن نكاح الأمة على الحرة لا يجوز وأن هذه الحرمة ثابتة شرعا رضيت الحرة أو لم ترض وهو مذهبنا

وقال مالك – رحمه الله تعالى – إذا رضيت الحرة جاز قال : لأن المنع لحق الحرة لا للجمع بدليل أنه إذا تقدم نكاح الأمة بقي نكاحها بعد الحرة والجمع موجود فدل أن المنع لحق الحرة وهو أنه يغصها إدخال ناقصة الحال في فراشها وذلك ينعدم برضاها ولكنا نقول المنع ليس لحقها بل لأنها ليست من المحللات مضمومة إلى الحرة وهي من المحللات منفردة عن الحرة فإن الحل برقها يتنصف كما ينتصف برق الرجل على ما نبينه – إن شاء الله تعالى – فإذا تزوجها على الحرة فهذا حال ضمها إلى الحرة وهي ليست من المحللات في هذه الحالة وهذا المعنى لا يزول برضاها فلهذا لا يجوز النكاح والكلام فيه أن هذا الحديث ناسخ لما في الكتاب أو مبين بطريق التخصيص على نحو ما بينا في الحديث الأول

ثم ذكر هذا اللفظ عن علي رضي الله عنه أيضا وزاد فيه وللحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث وبه نأخذ فإن القسم ينبني على الحل الذي ينبني عليه النكاح وحظ الأمة فيه على النصف من حظ الحرة

وزعم بعض العلماء – رحمهم الله تعالى – أنه يسوى بينهما في القسم كما يسوى بينهما في النفقة للمساواة بينهما في الملك والحاجة ولكنا نقول لا يسوى بينهما في النفقة أيضا فالحرة تستحق نفقة خادمها كما تستحق نفقة نفسها والأمة لا تستحق النفقة إلا أن يبوئها المولى بيتا مع زوجها

(قال) (وبلغنا عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال إن بعض العرب كان في الجاهلية يستحل الرجل نكاح امرأة أبيه فإذا مات أبوه ورث نكاحها عنه فأنزل الله تعالى قوله ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ﴾ (النساء : ٢٢) الآية وأنزل الله تعالى قوله ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ (النساء : ٢٣) الآية) وإن العرب في الجاهلية كانوا فريقين : فريق يعتقدون الإرث في منكوحة الأب ويقولون إن ولد الرجل إذا لم يكن منها يخلفه في نكاحها كما يخلفه في ملكه فيطأها بغير عقد جديد رضيت أو كرهت وفيه نزل قوله تعالى ﴿ لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ﴾ وبعضهم كانوا يعتقدون أنها تحل له بعقد جديد وأنه متى رغب فيها فهو أحق بها من غيره وفيه نزل قوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ﴾ (النساء : ١٩)

وكانوا في الجاهلية يسمون الولد الذي يكون بينهما ولد المقت وإليه أشار الله تعالى في قوله ﴿ إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا ﴾ (النساء : ٢٢) وقوله تعالى ﴿ إلا ما قد سلف ﴾ معناه أن ما قد سلف في الجاهلية فإنكم لا تؤاخذون بذلك إذا خليتم سبيلهن بعد العلم بالحرمة وقيل : معناه : ولا ما قد سلف فإن كلمة إلا قد تكون بمعنى ولا قال الله تعالى ﴿ إلا الذين ظلموا منهم ﴾ فيكون المعنى أنه كما لا يحل ابتداء العقد بعد نزول الحرمة لا يحل امساك ما قد سلف بعد نزول الحرمة لكيلا يظن ظان أن هذه الحرمة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء كحرمة العدة فأما قوله تعالى ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ (النساء : ٢٣) ففيه بيان المحرمات والحاصل أن المحرمات أربعة عشر : سبع من جهة النسب وسبع من جهة السبب

أما من جهة السبب فالأمهات بقوله تعالى ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ (النساء : ٢٣) فأم الرجل حرام عليه وكذلك جداته من قبل أبيه ومن قبل أمه فعلى قول من يقول إن اللفظ الواحد يجوز أن يراد به الحقيقة والمجاز في محلين مختلفين يقول حرمت الجدات بالنص لأن اسم الأمهات يتناولهن مجازا وعلى قول من يقول : لا يراد باللفظ الواحد الحقيقة والمجاز يقول : حرمت الجدات بدليل الإجماع إذ الأمهات هن الأصول وهو حقيقة معنى هذا الاسم وذلك يجمع الكل إلا أن إطلاق الاسم في الأم الأدنى دون غيرها لدليل العرف فعلى هذا يتناول النص الجدات حقيقة

والثاني : البنات فعلى القول الأول حرمة بنات البنات وبنات البنين وإن سفلن ثابتة بالنص أيضا لأن الاسم يتناولهن مجازا وعلى القول الآخر حرمتهن بدليل الإجماع على ما بينا

والثالث : الأخوات تثبت حرمتهن بقوله تعالى : ﴿ وأخواتكم ﴾ وهن أصناف ثلاثة : الأخت لأب وأم والأخت لأب والأخت لأم وهن محرمات بالنص فالأختية عبارة عن المجاورة في الرحم أو في الصلب فكان الاسم حقيقة يتناول الفرق الثلاث

والرابع : العمات تثبت حرمتهن بقوله تعالى ﴿ وعماتكم ﴾ ويدخل في ذلك أخوات الأب لأب وأم أو لأب أو لأم

والخامس : الخالات تثبت حرمتهن بقوله تعالى ﴿ وخالاتكم ﴾ ويدخل في ذلك أخوات الأم لأب وأم أو لأب أو لأم

والسادس : بنات الأخ تثبت حرمتهن بقوله تعالى : ﴿ وبنات الأخ ﴾ (النساء : ٢٣) ويدخل في ذلك بنات الأخ لأب وأم أو لأب أو لأم

والسابع : بنات الأخت تثبت حرمتهن بقوله تعالى : ﴿ وبنات الأخت ﴾ ويستوي في ذلك بنات الأخت لأب وأم أو لأب أو لأم

وأما السبع اللاتي من جهة النسب : الأمهات من الرضاعة

والأخوات تثبت حرمتهن بقوله تعالى : ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ﴾ (النساء : ٢٣) والحاصل أنه يثبت بالرضاع من الحرمة ما يثبت بالنسب قال صلى الله عليه و سلم (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)

والثالث : أم المرأة فإن من تزوج امرأة حرمت عليه أمها تثبت بقوله تعالى : ﴿ وأمهات نسائكم ﴾

وهذه الحرمة تثبت بنفس العقد عندنا وكان بشر المريسي وابن شجاع - رحمهما الله تعالى - يقولون : لا تثبت إلا بالدخول بالبنت وهو أحد قولى الشافعي - رحمه الله تعالى

ومذهبنا مذهب عمر وابن عباس - رضي الله عنهم - وإليه رجع ابن مسعود رضي الله عنه - حين ناظره عمر - رضي الله عنه - ومذهبهم مذهب علي وزيد بن ثابت - رضي الله عنهما - واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ وأمهات نسائكم ﴾ الآية والأصل : أن الشرط والاستثناء إذا تعقب كلمات منسوقة بعضه على بعض ينصرف إلى جميع ما سبق ذكره

ولكنا نستدل بحديث عبدالله بن عمر - رضي لله عنهما - أن النبي - صلى الله عليه و سلم - قال (من تزوج امرأة حرمت عليه أمها دخل بها أو لم يدخل وحرمت عليه ابنتها إن دخل بها) وكان ابن عباس - رضي الله عنهما - يقول : (أم المرأة مبهمة فأبهموا ما أبهم الله) بين أن الشرط المذكور ينصرف إلى الربائب دون الأمهات وهذا هو الظاهر لغة فالنساء المذكورة في قوله تعالى : ﴿ وأمهات نسائكم ﴾ مخفوضة بالإضافة وفي قوله : (من نسائكم) مخفوض بحرف من والمخفوضات بأداتين لا ينعتان بنعت واحد ألا ترى أنه لا يستقيم أن يقول مررت بزيد إلى عمرو الظريفين وهو الأصل في اللغة أن المعمول الواحد لا يكون بعاملين فلو جعلنا قوله وربائبكم عطفا لصار قوله من نسائكم مخفوضا بحرف من وبالإضافة جميعا وذلك لا يجوز فعرفنا أن قوله (وربائبكم) ابتداء بحرف الواو وأن أمهات النساء مبهمة كما قال ابن عباس رضي لله عنهما فأما حرمة الربيبة وهي بنت المرأة لا تثبت الحرمة إلا بالدخول بالأم لقوله تعالى ﴿ من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ﴾ (النساء : ٢٣) ولأن الربائب ليس في معنى الأمهات فالظاهر من العبارة أن أم الزوجة تبرز إلى زوج بنتها قبل الدخول وأما بنت المرأة لا تبرز إلى زوج أمها قبل الدخول بالأم واختلفت الصحابة رضي الله عنهم أن الحجر هل ينتصب شرطا لهذه الحرمة أو لا فكان علي - رضي الله عنه - يقول : الحجر شرط لقوله تعالى ﴿ وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ﴾ ولما روي أنه عرض على رسول لله - صلى الله عليه و سلم - زينب بنت أم سلمة رضي الله عنهما . فقال : (لو لم تكن ربيبتي في حجري ما كانت تحل لي أرضعتني وأباها ثوبية) فأما عمر وابن مسعود - رضي لله عنهما - كانا يقولان الحجر ليس بشرط وبه أخذ علماؤنا - رحمهم الله تعالى - للحديث الذي رويناه

وتفسير الحجر وهو أن البنت إذا زفت مع الأم إلى بيت زوج الأم فهذه كانت في حجره وإذا كانت مع أبيها لم تكن في حجر زوج الأم وإنما ذكر الحجر في الآية على وجه العادة فإن بنت المرأة تكون في حجر زوج أمها لا على وجه الشرط مثل قوله تعالى : ﴿ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا ﴾ (النور : ٣٣) مذكور على وجه العادة لا على وجه الشرط ألا ترى أنه قال : ﴿ فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ﴾ (النساء : ٢٣) شرط للحل عدم الدخول فذلك دليل على أنه بعد ما دخل بالأم لا تحل له البنت قط سواء كانت في حجره أو لم تكن ولا يحل له أن يجمع بين الأم والبنت وإن لم يكن دخل بالأم لأن القرابة التي بينهما أقوى من القرابة التي بين المرأة وعمتها وقد بينا أن هناك لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فهنا أولى فأما إذا طلق الأم قبل أن يدخل بها أو ماتت يحل له أن يتزوج البنت وكان زيد – رحمه الله تعالى – يفرق بين الطلاق والموت فيقول بالموت ينتهي النكاح . حتى يتقرر به كمال المهر فنزل ذلك منزلة الدخول ولكنا نقول : هذه الحرمة تعلقت شرعا بشرط الدخول فلو أقمنا الموت مقامه كان ذلك بالرأي وكما لا يجوز نصب شرط بالرأي لا يجوز إقامة شرط مقام شرط بالرأي فأما حليلة الابن على الأب حرام سواء دخل الابن بها أو لم يدخل لقوله تعالى : ﴿ وحلائل أبنائكم ﴾ (النساء : ٢٣) سميت حليلة لأنها تحل للابن من الحل أو هو مشتق من الحلول على معنى أنها تحل على فراشه وهو يحل في فراشها

وكما تحرم حليلة الابن نسبا فكذلك حليلة الابن من الرضاع عندنا

وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – لا تحرم حليلة الابن من الرضاع بناء على أصله أن لبن الفحل لا يحرم واستدل بالتقييد المذكور هنا بقوله من أصلابكم

ولكنا نستدل بقوله – صلى الله عليه و سلم – (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) والمراد بقوله تعالى ﴿ من أصلابكم ﴾ بيان إباحة حليلة الابن من التبني فإن التبني انتسخ بقوله تعالى : ﴿ أدعوهم لآبائهم ﴾ (الأحزاب : ٥) وكان النبي – صلى الله عليه و سلم – تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ما طلقها زيد فطعن المشركون وقالوا : إنه تزوج حليلة ابنه وفيه نزل قوله تعالى ﴿ ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ﴾ (الأحزاب : ٤٠) فهذا التقييد هنا لدفع طعن المشركين وكما تحرم حليلة الابن فكذلك حليلة ابن الإبن وإن سفل لأن اسم الابن يتناوله مجازا فإن قيل ابن الابن لا يكون من صلبه فكيف يصح تعدية هذا التحريم إليه مع هذا التقيد قلنا مثل هذا اللفظ يذكر باعتبار أن الأصل من صلبه كقوله تعالى ﴿ هو الذي خلقكم من تراب ﴾ (غافر : ٦٧) والمخلوق من التراب هو الأصل وكذلك منكوحة الأب حرام على الابن دخل بها الأب أو لم يدخل لقوله تعالى ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ﴾ وكما يحرم على الابن يحرم على النوافل من قبل الرجال والنساء جميعا لأن اسم الأب يتناول الكل مجازا فأما قوله تعالى ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين ﴾ معناه حرم عليكم أن تجمعوا بين الأختين لأنه معطوف على أول الآية والجمع بين الأختين نكاحا حرام وكذلك الجمع بينهما فراشا حتى لا يجمع بين الأختين وطئا بملك اليمين وهو مذهب علي وابن مسعود وعمار بن ياسر – رضوان الله عليهم – فإنه قال : ما حرم الله تعالى من الحرائر شيئا إلا وحرم من الإماء مثله إلا رجل يجمعهن يريد به الزيادة على الأربع وكان عثمان – رضي الله عنه – يقول : أحلتهما آية وحرمتهما آية يريد بآية التحليل قوله تعالى ﴿ أو ما ملكت أيمانكم ﴾ وبآية التحريم قوله تعالى ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين ﴾ فكان يتوقف في ذلك ولكنا نقول عند التعارض يترجح جانب الحرمة

ويتأيد هذا بقوله صلى الله عليه و سلم لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يجمع ماءه في رحم أختين ولأن المراد من قوله ﴿ وأن تجمعوا ﴾ حرمة الجمع فراشا كما أن قوله تعالى ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ يقتضي حرمة الاستفراش بأي سبب كان والجمع فراشا يحصل بالوطء بملك اليمين فلهذا يحرم عليه الجمع بينهما فإن تزوجهما في عقدة واحدة بطل نكاحهما لأنه لا وجه لتصحيح نكاح إحداهما بغير عينها فإن النكاح عقد تمليك فلا يثبت في المجهولة ابتداء ولا بعينها إذ ليست إحداهما بأولى من الأخرى ولا يمكن تصحيح نكاحهما لأن الجمع محرم بالنص فتعين البطلان وإن نكح إحداهما قبل الأخرى فنكاح الأولى جائز لأن بهذا العقد لا يصير جامعا ونكاح الثانية فاسد لأن بهذا العقد يصير جامعا بين الأختين فتعين فيه جهة البطلان فيفرق بينهما فإن لم يكن دخل بها فلا شيء لها عليه وإن كان قد دخل بها فعليها العدة ولها الأقل من المسمى ومن مهر المثل لأن الدخول حصل بشبهة صورة النكاح فيسقط به الحد ويجب المهر والعدة كما إذا زفت إليه غير امرأته وحكم ذلك مروي عن علي – رضي الله عنه

فأما وجوب الأقل من المسمى ومن مهر المثل فهو مذهبنا

وعند زفر رحمه الله تعالى يجب مهر المثل بالغا ما بلغ لأن الواجب عند فساد العقد بدل المتلف ألا ترى أن المقبوض بحكم الشراء الفاسد يكون مضمونا بالقيمة بالغة ما بلغت عند الإتلاف فكذلك المستوفي بالنكاح الفاسد ولكنا نقول المستوفي بالوطء ليس بمال فإنما يتقدر بالمال بالتسمية

إلا أن المسمى إذا كان أكثر من مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية فإذا كان أقل لم تجب الزيادة على قدر المسمى لانعدام التسمية فيه ولتمام التراضي على قدر المسمى بخلاف المبيع فإنه مال متقوم بنفسه فبدله يتقدر بالقيمة وإنما يتحول عنه إلى المسمى إذا صحت التسمية فإذا لم تصح لفساد العقد كان مضمونا بالقيمة ثم يعتزل عن امرأته حتى تنقضي عدة الأخرى سواء دخل بالأولى أو لم يدخل بها لأن رحم المعتدة مشغول بمائه حكما ولو وطئ الأخرى في هذه الحالة صار جامعا ماءه في رحم الأختين وذلك حرام شرعا ولكن أصل نكاح الأولى بهذا لا يبطل لأن اشتغال رحم الثانية عارض على شرف الزوال فلا يبطل ذلك أصل النكاح كالمنكوحة إذا وطئت بالشبهة ووجبت عليها العدة لا يكون للزوج أن يطأها حتى تنقضي عدتها ولا يبطل نكاحها ولا تتزوج المرأة في عدة أختها منه من نكاح فاسد أو جائز عن طلاق بائن أو غير بائن

وعلى قول الشافعي – رحمه الله تعالى – إن كانت تعتد منه من طلاق رجعي فليس له أن يتزوج أختها وإن كان من ثلاث أو خلع فله أن يزوج أختها في عدتها وقد روي مثل مذهبه عن زيد بن ثابت – رضي الله عنه – إلا أن أبا يوسف – رحمه الله تعالى – ذكر في الأمالي رجوع زيد – رضي الله عنه – عن هذا القول وذكر الطحاوي – رحمه الله تعالى – قول زيد الآخر أنه ليس له أن يتزوجها وحكي أن مروان شاور الصحابة – رضي الله عنهم – في هذا فاتفقوا على أنه يفرق بينهم وخالفهم زيد ثم رجع إلى قولهم وقال عبيدة السلماني ما اجتمع أصحاب رسول الله – صلى الله عليه و سلم – وBهم – على شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الأخت في عدة الأخت والمحافظة على الأربع قبل الظهر وذكر سلمان بن بشار عن علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم المنع عن نكاح الأخت المعتدة من طلاق بائن أو ثلاث

وكان الحسن البصري – رحمه الله تعالى – يقول إن كانت حاملا فليس له أن يتزوج أختها وإن كانت حائلا فله أن يتزوجها وحجة الشافعي – رحمه الله تعالى – أن النكاح مرتفع بينهما بجميع علائقه فيجوز له نكاح أختها كما بعد انقضاء العدة ودليل الوصف أنه لو وطئها وقال علمت أنها علي حرام يلزمه الحد ولو جاءت بولد لأكثر من سنتين حتى علم أن العلوق كان في العدة لم يثبت النسب ولو بقيت بينهما علاقة من علائق النكح لسقط به الحد وثبت النسب والعدة الواجبة أثر ماء محترم لأنها من حقوق النكاح حتى لا يجب بدون توهم الدخول وما كان من العدة لحق النكاح لا يعتبر فيه توهم الدخول كعدة الوفاة وإذا ثبت الوصف فتأثيره أن المحرم هو الجمع بينهما نكاحا فلا يصير جامعا بهذا حتى لم يبق بينه وبين الأولى علقة من علائق النكاح والمقصود من هذا التحريم صيانة الرحم عن القطيعة التي تكون بسبب المنازعة بينهما في القسم وذلك لا يتحقق بعد الخلع والتطليقات الثلاثة

(ولنا) أن هذه معتدة على الإطلاق فليس له أن يتزوج بأختها كالعدة من طلاق رجعي وهذا لأن العدة حق من حقوق النكاح ألا ترى أنها لا تجب بدون النكاح أو شبهة النكاح ولا معنى لما قال إن وجوبها بماء محترم لأنه إن اعتبر أصل الماء فهو موجود في الزانية ولا عدة وإن اعتبر الماء المحترم فاحترام الماء يكون بالنكاح والدليل عليه أن العدة تختلف بالرق والحرية واشتغال الرحم بالماء لا يختلف وإنما يختلف ملك النكاح لتفاوت بينهما في الحل الذي ينبني عليه النكاح فعرفنا أنه من حقوق النكاح ولكن حق النكاح بعد ارتفاعه إنما يبقى إذا كان النكاح متأكدا وتأكده بالموت أو بالدخول ولهذا لا تجب العدة على المطلقة قبل الدخول وإذا ثبت أنه من حقوق النكاح فالحق يعمل عمل الحقيقة في إثبات الحرمة كما أن حق ملك اليمين للمكاتب كحقيقة ملك اليمين للحر في المنع من نكاح أمته وكما أن الرضاع في التحريم ينزل منزلة النسب لأنه في البعضية بمنزلة الحق من الحقيقة والدليل عليه أن في جانبها جعل الحق كالحقيقة في حق المنع من التزوج فكذلك في جانبه ونحن نسلم ارتفاع ملك النكاح بجميع علائقه إنما ندعي بقاء الحق وهذا الحكم عندنا يثبت بدون ملك النكاح فإن بالنكاح الفاسد أصل الملك لا يثبت ثم يكون ممنوعا من نكاح أختها وكما يلزمه الحد إذا وطئها يلزمها الحد إذا مكنت نفسها منه ولا يدل ذلك على زوال المنع من جانبها فكذلك من جانبه وكما لا يجوز له أن يتزوج أختها في عدتها فكذلك لا يجوز أن يتزوج أحدا من محارمها لأنهما في معنى الأختين في حرمة الجمع بينهما وكذلك لا يجوز له أن يتزوج أربعا سواها في عدتها لأن الجمع بين الخمس حرام بالنكاح بمنزلة الجمع بين الأختين

(قال) (ولا يحل له أن يجمع بين امرأتين ذواتي رحم محرم من نسب أو رضاع) لأن الرضاع في حكم الحرمة بمنزلة النسب وبهذا تبين أن في المنصوص لا يعتبر المعنى وإن المعتبر حرمة الجمع بالنص لا صيانة الرحم عن القطيعة فإنه ليس بين الأختين من الرضاعة قرابة يفترض وصلها ثم كان الجمع بينهما حراما فإن تزوجها فهو على ما بينا في الأختين نسبا زاد في التفريع هنا فقال : إن تزوجهما في عقده ودخل بهما فرق بينه وبينهما وعليهما العدة وإنما تصير كل واحدة منهما شارعة في العدة من وقت التفريق عندنا وقال زفر – رحمه الله تعالى – من آخر الوطآت وكذلك في كل نكاح فاسد لأن وجوب العدة بسبب الوطء فيعتبر من آخر الوطآت ولكنا نقول الموجب للعدة شبهة النكاح ورفع هذه الشبهة بالتفريق ألا ترى إن وطئها قبل التفريق لا يلزمه الحد وبعده يلزمه فلا تصير شارعة في العدة ما لم ترتفع الشبهة وذلك بالتفريق بينهما والدليل على أن المعتبر هو الشبهة أنه وإن وطئها مرارا لا يجب إلا مهر واحد لاستناده إلى شبهة واحدة إذا ثبت هذا فنقول بعد

ما فرق بينه وبينهما ليس له أن يتزوج واحدة منهما حتى تنقضي عدة الأخرى لأن الأخرى في عدته وعدة الأخت تمنع نكاح الأخت فإن انقضت عدتهما معا فله أن يتزوج أيتهما شاء وإن انقضت عدة إحداهما فليس له أن يتزوج التي انقضت عدتها لأن الأخرى معتدة وله أن يتزوج المعتدة لأن الأخرى منقضية العدة وعدة هذه لا تمنع صاحب العدة من نكاحها إنما تمنع غيره من ذلك وكذلك لو كان دخل بإحداهما ثم فرق بينه وبينهما فالعدة على التي دخل بها دون الأخرى وله أن يتزوج المعتدة ولا يتزوج الأخرى حتى تنقضي عدة المعتدة لما بينا

(قال) (وإذا وطئ الرجل امرأة بملك يمين أو نكاح أو فجور يحرم عليه أمها وابنتها وتحرم هي على آبائه وأبنائه) وقال الشافعي - رحمه الله تعالى - : إن كان الوطء بنكاح أو ملك يمين فكذلك **الجواب** وإن كان بالزنا لا تثبت به الحرمة واستدل بقوله - صلى الله عليه و سلم - (الحرام لا يحرم الحلال) وهكذا رواه ابن عباس - رضي الله عنه - وروى أبو هريرة - رضي الله عنه - (أن النبي - صلى الله عليه و سلم - سئل عمن يبتغي من امرأة فجورا ثم يتزوج ابنتها فقال لا بأس لا يحرم الحرام الحلال) وقالت عائشة - رضي الله عنها - (سئل رسول الله - صلى الله عليه و سلم - عن رجل يبتغي من امرأة حراما ثم يتزوج ابنتها فقال يجوز لا يحرم الحرام الحلال وإنما يحرم ما كان من قبل النكاح) وعلل الشافعي - رحمه الله تعالى - في كتابه فقال : النكاح أمر حمدت عليه والزنا فعل رجمت عليه فأنى يستويان ومعنى هذا أن ثبوت حرمة المصاهرة بطريق النعمة والكرامة فإن الله تعالى من به على عباده بقوله تعالى ﴿ فجعله نسبا وصهرا ﴾ وهو معقول فإن أمهاتها وبناتها يصرن كأمهاته وبناته حتى يخلو بهن ويسافر بهن وهذا يكون بطريق الكرامة والزنا المحض سبب لإيجاب العقوبة فلا يصلح سببا لإيجاب الحرمة والكرامة ألا ترى أنه لا يثبت به النسب والعدة فكذلك حرمة المصاهرة وحجتنا في ذلك قوله تعالى ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ﴾ (النساء : ٢٢) وقد بينا أن النكاح للوطء حقيقة فتكون الآية نصا في تحريم موطوءة الأب على الابن فالتقيد بكون الوطء حلالا زيادة ولا تثبت هذه الزيادة بخبر الواحد ولا بالقياس

والدليل عليه أن موطوءة الأب بالملك حرام على الابن بهذه الآية فدل أن المراد بالنكاح الوطء لا العقد وقد نقل مثل مذهبنا عن ابن مسعود وابن عباس وأبي بن كعب وعمران بن حصين (رضي الله عنهم) بألفاظ مختلفة والمعنى فيه أنه وطء في محله فيكون موجبا للحرمة كالوطء بالنكاح وملك اليمين وتفسير الوصف أن الوطء في هذا المحل محرم لكونه مثبتا لأن هذا الفعل حرث والحرث لا يكون إلا في محل مثبت وكون المحل مثبتا لا يختلف بالملك وعدم الملك وتأثيره أن ثبوت الحرمة بسبب هذا الوطء في الملك ليس لعين الملك بل لمعنى البعضية لأن الولد الذي يتخلق من الماءين يكون بعضا لكل واحد منهما فتتعدى شبهة البعضية إلى أمهاتها وبناتها وإلى آبائه وأبنائه والشبهة تعمل عمل الحقيقة في إيجاب الحرمة وهذا المعنى لا يختلف بالملك وعدم الملك لأن سبب البعضية حسي وإنما تكون هذه البعضية موجبة حرمة الموطوءة لأن البعضية الحكمية عملها كعمل حقيقة البعضية وحقيقة البعضية توجب الحرمة في غير موضع الضرورة فأما في موضع الضرورة لا توجب ألا ترى أن حواء عليها السلام خلقت من آدم عليه السلام فكانت بعضه حقيقة وهي حلال له فكذلك شبهة البعضية إنما توجب الحرمة في غير موضع الضرورة وفي حق الموطوءة ضرورة وهذا لأن العلل الشرعية إمارات لا موجبات فلهذا ثبت الحكم بها في الموضع الذي جعلها الشرع علة وقد جعل الشرع موضع الضرورة مستثنى من الحرمة بقوله تعالى (

إلا ما اضطررتم إليه (فأما النسب فعندنا أحكام النسب تثبت ولكن الانتساب لا يثبت لأنه لمقصود الشرف به ولا يحصل ذلك بالنسبة إلى الزاني والعدة إنما لا تجب لأن وجوبها في الأصل باعتبار حق النكاح أو الفراش وبين النكاح والسفاح منافاة فبانعدام الفراش ينعدم السبب الموجب للعدة

وبعض أصحابنا رحمهم الله تعالى يقولون الحرمة تثبت هنا بطريق العقوبة كما تثبت حرمة الميراث في حق القاتل عقوبة والأصل فيه قوله تعالى ﴿ فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم ﴾ الآية وعلى هذا الطريق يقولون المحرمية لا تثبت حتى لا تباح الخلوة والمسافرة بها ولكن هذا التعليل فاسد فإن التعليل لتعدية حكم النص لا لإثبات حكم آخر سوى المنصوص فإن ابتداء الحكم لا يجوز إثباته بالتعليل والمنصوص حرمة ثابتة بطريق الكرامة فإنما يجوز التعليل لتعدية تلك الحرمة إلى الفروع لا لإثبات حكم آخر سوى المنصوص ولكن الصحيح أن نقول هذا الفعل زنا موجب للحد كما قال ولكنه مع ذلك حرث للولد ويصلح أن يكون سببا لثبوت الحرمة والكرامة باعتبار أنه حرث للولد ألا ترى أنه في جانبها الفعل زنا ترجم عليه وإذا حبلت به كان لذلك الولد من الحرمة ما لغيره من بني آدم فيثبت نسبه منها وتحرم هي عليه وثبوت هذا كله بطريق الكرامة لأنه حرث لا لأنه زنا فكذا هنا فبهذا التقرير يتبين فساد استدلالهم بالحديث فإنا لا نجعل الحرام محرما للحلال وإنما نثبت الحرمة باعتبار أن الفعل حرث للولد وحرمة هذا الفعل بكونه زنا على أن هذا الحديث غير مجرى على ظاهره فإن كثيرا من الحرام يحرم الحلال كما إذا وقعت قطرة من خمر في ماء وكالوطء بالشبهة ووطء الأمة المشتركة ووطء الأب جارية الابن فإن هذا كله حرام حرم الحلال لا لأنه حرام بل للمعنى الذي قلنا فكذلك هنا

ومن فروع هذه المسألة بنت الرجل من الزنا بأن زني ببكر وأمسكها حتى ولدت بنتا حرم عليه تزوجها عندنا

وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – لا يكون حراما وله في البنت الملاعنة التي لم يدخل بالأم أو لا واستدل فقال نص التحريم قوله تعالى : ﴿ وبناتكم ﴾ وذلك يتناول البنت المضافة إليه نسبا والبنت من الزنا غير مضافة إليه نسبا بل هي حرام الإضافة إليه نسبا ولو أثبتنا الحرمة فيها كان إثبات الحرمة بالزنا وبه فارق جانبها فإن الإبن من الزنا يضاف إلى الأم نسبا فكانت هي حراما عليه لقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ وتبين بهذا التفريق أن هذه الحرمة الثابتة شرعا تنبني على ثبوت النسب شرعا والنسبة إلى الزاني غير ثابتة من كل وجه فكذا هنا وهكذا يقول على أحد القولين في بنت الملاعنة وعلى القول الآخر يفرق بينهما فيقول النسب هناك كان ثابتا باعتبار الفراش لكن انقطع باللعان وبقي موقوفا على حقه حتى لو أكذب نفسه يثبت النسب منه ولا يثبت من غيره

وإن أعاده فيجوز إبقاء الحرمة وهنا النسب لم يكن ثابتا أصلا لانعدام الفراش ولا هو بعرض الثبوت منه ولنا أن ولد الزنا بعضه فتكون محرمة عليه كولد الراشدة وهذا لأن البعضية باعتبار الماء وذلك لا يختلف حقيقته بالملك وعدم الملك فالولد المخلوق من الماءين يكون بعض كل واحد منهما قال النبي صلى الله عليه و سلم لفاطمة رضي الله عنها : هي بضعة مني

والبعضية علة صالحة لإثبات الحرمة لأن الإنسان كما لا يستمتع بنفسه لا يستمتع ببعضه إلا أن النسب لا يثبت لا لانعدام البعضية بل للإشتباه لأن الزانية يأتيها غير واحد ولو أثبتنا النسب بالزنا ربما يؤدي إلى نسبة ولد إلى غير أبيه وذلك حرام بالنص حتى أن في جانبها لما كان لا يؤدي إلى هذا الإشتباه كان النسب ثابتا ولأن قطع النسب شرعا لمعنى

الزجر عن الزنا فإنه إذا علم أن ماءه يضيع بالزنا يتحرز عن فعل الزنا وذلك يوجب إثبات الحرمة لأن معنى الزجر عن الزنا به يحصل فإنه إذا علم أنه بسبب الحرام مرة يفوته حلال كثير يمتنع من مباشرة الحرام فلهذا أثبتنا الحرمة وإن لم يثبت النسب هنا

إذا عرفنا هذا فنقول كما ثبتت حرمة المصاهرة بالوطء تثبت بالمس والتقبيل عن شهوة عندنا سواء كان في الملك أو في غير الملك وعند الشافعي - رحمه الله تعالى - لا تثبت الحرمة بالتقبيل والمس عن شهوة أصلا في الملك أو في غير الملك حتى أنه لو قبل أمته ثم أراد أن يتزوج ابنتها عنده يجوز

وكذلك لو تزوج امرأة وقبلها بشهوة ثم ماتت عنده يجوز له أن يتزوج ابنتها بناء على أصله أن حرمة المصاهرة تثبت بما يؤثر في إثبات النسب والعدة وليس للمس والتقبيل عن شهوة تأثير في إثبات النسب والعدة فكذلك في إثبات الحرمة وقاس بالنكاح الفاسد فإن التقبيل والمس فيه لا يجعل كالدخول في إيجاب المهر والعدة وكذلك في إيجاب الحل للزوج الأول فكذا هنا ولكنا نستدل بآثار الصحابة رضي الله عنهم :

فقد روي عن ابن عمر - رضي الله عنه - أنه قال : إذا جامع الرجل المرأة أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها

وعن مسروق - رحمه الله تعالى - قال : بيعوا جاريتي هذه أما أني لم أصب منها ما يحرمها على ولدي من المس والقبلة

ولأن المس والتقبيل سبب يتوصل به إلى الوطء فإنه من دواعيه ومقدماته فيقام مقامه في إثبات الحرمة كما أن النكاح الذي هو سبب الوطء شرعا يقام مقامه في إثبات الحرمة إلا فيما استثناه الشرع وهي الربيبة وهذا لأن الحرمة تنبني على الإحتياط فيقام السبب الداعي إلى الوطء فيه مقام الوطء احتياطا وإن لم يثبت به سائر الأحكام كما تقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقة البعضية في إثبات الحرمة دون سائر الأحكام

ولو نظر إلى فرجها بشهوة تثبت به الحرمة عندنا استحسانا وفي القياس لا تثبت وهو قول ابن أبي ليلى والشافعي - رحمهما الله تعالى - لأن النظر كالتفكر إذ هو غير متصل بها ألا ترى أنه لا يفسد به الصوم وإن اتصل به الإنزال ولأن النظر لو كان موجبا للحرمة لاستوى فيه النظر إلى الفرج وغيره كالمس عن شهوة ولكنا تركنا القياس بحديث أم هانئ - رضي الله تعالى عنها - أن النبي - صلى الله عليه و سلم - قال : (من نظر إلى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها)

وعن عمر رضي الله تعالى عنه أنه جرد جارية ثم نظر إليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال : أما أنها لا تحل لك

وفي الحديث : (ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها) ثم النظر إلى الفرج بشهوة نوع استمتاع لأن النظر إلى المحل إما لجمال المحل أو للإستمتاع وليس في ذلك الموضع جمال ليكون النظر لمعنى الجمال فعرفنا أنه نوع استمتاع كالمس بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء ولأن النظر إلى الفرج لا يحل إلا في الملك بمنزلة المس عن شهوة بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء

ثم معنى الشهوة المعتبرة في المس والنظر أن تنتشر به الآلة أو يزداد انتشارها فأما مجرد الإشتهاء بالقلب غير معتبر ألا ترى أن هذا القدر يكون من الشيخ الكبير الذي لا شهوة له والنظر إلى الفرج الذي تتعلق به الحرمة هو النظر إلى الفرج الداخل دون الخارج وإنما يكون ذلك إذا كانت متكئة أما إذا كانت قاعدة مستوية أو قائمة لا تثبت الحرمة بالنظر

ثم حرمة المصاهرة بهذه الأسباب تتعدى إلى آبائه وإن علوا وأبنائه وإن سفلوا من قبل الرجال والنساء جميعا وكذلك تتعدى إلى جداتها وإلى نوافلها لما بينا أن الأجداد والجدات بمنزلة الآباء والأمهات والنوافل بمنزلة الأولاد فيما نبني عليه الحرمة وذلك كله مروي عن إبراهيم النخعي – رحمه الله تعالى

وعلى هذا إذا جامع الرجل أم امرأته حرمت عليه امرأته نقل ذلك عن أبي بن كعب – رضي الله عنه – وكان المعنى فيه أن الحرمة بسبب المصاهرة مثل الحرمة بالرضاع والنسب وذلك كما يمنع ابتداء النكاح يمنع بقاء النكاح فكذلك هذا يمنع بقاء النكاح كما يمنع ابتداءه

(قال) رجل له أربع نسوة فطلق واحدة منهن بعد ما دخل بها ثلاثا أو واحدة بائنة أو خلعها لم يجز له أن يتزوج أخرى مادامت في العدة لأن حرمة ما زاد على الأربع كحرمة الأختين فكما أن هناك العدة تعمل على حقيقة النكاح في المنع فكذا هنا فإن قال أخبرتني أن عدتها قد انقضت فإن كان ذلك في مدة لا تنقضي في مثلها العدة لا يقبل قوله ولا قولها إن أخبرت إلا أن تفسر بما هو محتمل من إسقاط سقط مستبين الخلق ونحوه وإن كان ذلك في مدة تنقضي في مثلها العدة إن صدقته أو كانت ساكتة أو غائبة فله أن يتزوج أخرى أو أختها إن شاء ذلك وكذلك إن كذبته في قول علمائنا

وعن زفر – رحمه الله تعالى – ليس له ذلك لأن عدتها باقية فإنها أمينة في الإخبار بما في رحمها وقد أخبرت ببقاء عدتها والزوج إنما أخبر عليها وهي تكذبه في ذلك فيسقط منه اعتبار قوله كشاهد الأصل إن أكذب شاهد الفرع أو راوي الأصل إن كذب الراوي عنه والدليل عليه بقاء نفقتها وسكناها وثبوت نسب ولدها إن جاءت به لأقل من سنتين وبالإتفاق إذا حكمنا بثبوت نسب ولدها يبطل نكاح أختها فكذلك إذا قضينا بنفقتها

وحجتنا في ذلك أنه أخبر عن أمر بينه وبين ربه عز و جل فكان أمينا مقبول القول فيه إذا احتمل كمن قال صمت أو صليت وبيان الوصف أنه أخبر بحل نكاح أختها له ولا حق للمطلقة في ذلك فإن الحل والحرمة من حق الشرع وإنما حق العباد فيه باعتبار قيام حق لهم في محله ولا حق لها في نكاح أختها فلا يعتبر تكذيبها فيه والدليل أن بمجرد الخبر يثبت له حل نكاح أختها

ألا ترى أنها لو كانت غائبة كان له أن يتزوج بأختها ولو بطل ذلك الحق إنما يبطل بتكذيبها وتكذيبها يصلح حجة في إبقاء حقها لا في إبطال حق ثابت للزوج والنفقة والسكنى حقها فيكون باقيا وأما نكاح الأخت لا حق لها فيه فلا يعتبر تكذيبها في ذلك لأن ثبوت الحكم بحسب الحجة وكذلك ثبوت النسب من حقها وحق الولد لأنه يندفع به تهمة الزنا عنها ويتشرف به الولد

ثم من ضرورة القضاء بالنسب الحكم باستناد العلوق إلى ما قبل الطلاق فإذا أسندنا صار الخبر بانقضاء العدة قبل الوضع مستنكرا فلهذا بطل نكاح الأخت بخلاف القضاء بالنفقة فإنه يقتصر على الحال وليس من ضرورة الحكم بها الحكم ببقاء العدة مطلقا فإن المال تكثر أسباب وجوبه في الجملة توضيحه أن من ضرورة القضاء بالنسب القضاء بالفراش فتبين

أنه صار جامعا بين الأختين في الفراش وليس من ضرورة القضاء بالنفقة القضاء بالفراش وأكثر ما فيه أنه يجتمع عليه استحقاق النفقة للأختين وذلك جائز كما في ملك اليمين

(قال) وإن مات لم يكن لها ميراث وكان الميراث للأخرى هكذا ذكر هنا وذكر في كتاب الطلاق وقال الميراث للأولى دون الثانية ولكن وضع المسألة فيما إذا كان مريضا حين قال أخبرتني أن عدتها قد انقضت وإنما يتحقق اختلاف الروايات في حكم الميراث إذا كان الطلاق رجعيا فأما إذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا وكان في الصحة فلا ميراث للأولى سواء أخبر الزوج بهذا أو لم يخبر

ولكن في كتاب الطلاق لما وضع المسألة في المريض وكان قد تعلق حقها بماله لم يقبل قوله في إبطال حقها كما في نفقتها وهنا وضع المسألة في الصحيح ولا حق لها في مال الزوج في صحته فكان قوله مقبولا في إبطال إرثها توضيحه أن بقوله أخبر أن الواقع صار بائنا فكأنه أبانها في صحته فلا ميراث لها ولو أبانها في مرضه كان لها الميراث وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - لأن عندهما للزوج أن يجعل الرجعى بائنا خلافا لمحمد - رحمه الله تعالى - ومتى كان الميراث للأولى فلا ميراث للثانية لأن بين إرث الأختين منه بالنكاح منافاة ومتى لم ترث الأولى ورثته الثانية

(قال) وإن ماتت في العدة أو لحقت بدار الحرب مرتدة حل له أن يتزوج أختها لأن لحوقها كموتها فلا تبقى معتدة بعد موتها فإن رجعت مسلمة قبل أن يتزوج أختها فله أن يتزوج أختها عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - لأن العدة بعد ما سقطت لا تعود إلا بتجدد سببها وعندهما ليس له أن يتزوج أختها لأنها لما عادت مسلمة كان لحوقها بمنزلة الغيبة ألا ترى أنه يعاد إليها مالها فلا تعود كحالها فتعود كما كانت

وإن كان قد تزوج أختها قبل رجوعها ثم رجعت مسلمة عن أبي يوسف - رحمه الله تعالى - روايتان في إحدى الروايتين يبطل نكاح الأخت وفي الرواية الأخرى لا يبطل ذكر الروايتين عنه في الأمالي

(قال) ولا بأس بأن يتزوج المسلم الحرة من أهل الكتاب لقوله تعالى : ﴿ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب ﴾ الآية وكان ابن عمر - رضي الله عنهما - لا يجوز ذلك ويقول : الكتابية مشركة وقد قال الله تعالى ﴿ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ﴾ وكان يقول معنى الآية الثانية واللاتي أسلمن من أهل الكتاب

ولسنا نأخذ بهذا فإن الله تعالى عطف المشركين على أهل الكتاب فدل أن اسم المشرك لا يتناول الكتابي مطلقا ولو حملنا الآية الثانية على ما قال ابن عمر - رضي الله عنهما - لم يكن لتخصيص الكتابية بالذكر معنى فإن غير الكتابية إذا أسلمت حل نكاحها وقد جاء عن حذيفة بن اليمان - رضي الله تعالى عنه - أنه تزوج يهودية وكذلك كعب بن مالك - رحمهما الله تعالى - تزوج يهودية

وكذلك إن تزوج الكتابية على المسلمة أو المسلمة على الكتابية جاز والقسم بينهما سواء كأن جواز النكاح ينبني على الحل الذي به صارت المرأة محلا للنكاح وعلى ذلك ينبني القسم والمسلمة والكتابية في ذلك سواء إسرائيلية كانت أو غير إسرائيلية وبعض من لا يعتبر قوله فصل بين الإسرائيلية وغيرها ولا معنى لذلك في الجواز لكونها كتابية وأما المجوسية لا يجوز نكاحها لأنها ليست من أهل الكتاب

وذكر ابن اسحق في تفسيره عن علي – رضي الله عنه – جواز نكاح المجوسية بناء على ما روي عنه أن المجوس أهل كتاب ولكن لما واقع ملكهم أخته ولم ينكروا عليه أسري بكتابهم فنسوه وهو مخالف للنص فإن الله تعالى قال : ﴿ أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا ﴾ وإذا قلنا للمجوس كتاب كانوا ثلاث طوائف وقال – صلى الله عليه و سلم – : (سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم) ولئن كان الأمر على ما قاله علي – رضي الله عنه – ولكن بعد ما نسوا خرجوا من أن يكونوا أهل كتاب

فأما الصابئة فإنه يجوز للمسلم عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – ويكره ولا يجوز عند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – وكذلك ذبائحهم وهذا الاختلاف بناء على أن الصابئين من هم فوقع عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – أنهم قوم من النصارى يقرؤون الزبور ويعظمون بعض الكواكب كتعظيمنا القبلة وهما جعلا تعظيمهم لبعض الكواكب عبادة منهم لها فكانوا كعبدة الأوثان وقالا أنهم يخالفون النصارى واليهود فيما يعتقدون فلا يونون من جملتهم ولكن أبو حنيفة – رحمه الله تعالى – يقول مخالفتهم للنصارى في بعض الأشياء لا تخرجهم من أن يكونوا من جملتهم كبني تغلب فإنهم يخالفون النصارى في الخمور والخنازير ثم كانوا من جملة النصارى

(قال) ولا بأس بأن يتزوج الرجل المرأة وبنت زوج قد كان لها من قبل ذلك يجمع بينهما لأنه لا قرابة بينهما وقال ابن أبي ليلى لا يجوز ذلك لأن بنت الزوج لو كان ذكرا لم يكن له أن يتزوج الأخرى لأنها منكوحة أبيه وكل امرأتين لو كانت إحداهما ذكرا لم تجز المناكحة بينهما فالجمع بينهما نكاحا لا يجوز كالأختين ولكنا نستدل بحديث عبد الله بن جعفر – رضي الله عنه – فإنه جمع بين امرأة علي – رضي الله عنه – وابنته

ثم المانع من الجمع قرابة بين المرأتين أو ما أشبه القرابة في الحرمة كالرضاع وذلك غير موجود هنا وما قاله ابن أبي ليلى – رحمه الله تعالى – إنما يعتبر إذا تصور من الجانبين كما في الأختين وذلك لا يتصور هنا فإن امرأة الأب لو صورتها ذكرا جاز له نكاح البنت فعرفنا أنهما ليستا كالأختين ولا بأس بأن يجمع بين امرأتين كانتا عند رجل واحد لأنه لا قرابة بينهما وكما جاو للأول أن يجمع بينهما فكذلك للثاني وكذلك لا بأس بأن يتزوج المرأة ويزوج ابنه أمها أو ابنتها فإن محمد بن الحنفية – رضي الله عنه – تزوج امرأة وزوج ابنتها من ابنه وهذا لأن بنكاح الأم تحرم الأم هي على ابنه فأما أمها وابنتها تحرم عليه لا على ابنه فلهذا جاز لابنه أن يتزوج أمها أو ابنتها والله سبحانه أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب ." (١)

" (قال) (رضي الله عنه رجل قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا عندنا) وهو قول عمر وعلي وابن عباس وأبي هريرة – رضي الله تعالى عنهم

وقال الحسن البصري تقع واحدة بقوله طالق فتبين لا إلى عدة وقوله ثلاثا يصادفها وهي أجنبية فلا يقع بها شيء كما لو قال لها أنت طالق وطالق وطالق

ولكنا نقول الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع بذكر العدد لأن الموقع هو العدد فإذا صرح بذكر العدد كان هو العامل دون ذكر الوصف ولهذا لو ماتت المرأة بعد قوله طالق قبل قوله ثلاثا لا يقع شيء وهذا لأن الكل كلمة واحدة في الحكم

---

(١) المبسوط، ٤١/٤

فإن إيقاع الثلاث لا يتأتى بعبارة أوجز من هذا والكلمة الواحدة لا يفصل بعضها من بعض بخلاف قوله أنت طالق وطالق وطالق لأنها كلمات متفرقة

فأما إذا قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق بانت بالأولى وكانت الثنتان فيما لا يملك وهو قول علي وابن مسعود وزيد وإبراهيم - رضي الله عنهم

وقال ابن أبي ليلى - رحمه الله تعالى - إذا كان في مجلس واحد يقع ثلاث تطليقات لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ويجعلها ككلام واحد

ولكنا نقول كل كلمة إيقاع على حدة فلا تعمل إلا في محل قابل له فإذا بانت لا إلى عدة لم تبق محلا للوقوع عليها ثم عند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - تبين بالأولى قبل أن يفرغ من الكلام الثاني وعند محمد - رحمه الله تعالى - بعد فراغه من الكلام الثاني لجواز أن يلحق بآخر كلامه شرطا أو استثناء ولكن هذا إنما يتحقق عند ذكر حرف العطف وهو الواو فأما بدونه لا يتحقق الخلاف لأنه لا يلتحق به الشرط والاستثناء

(قال) (ولو قال لها رأسك طالق كانت طالقا) لا بإضافة الطلاق إلى الرأس بعينه فإنه لو قال الرأس منك طالق أو وضع يده على رأسها وقال هذا العضو منك طالق لا يقع شيء ولكن باعتبار أن الرأس يعبر به عن جميع البدن يقال هؤلاء رؤوس القوم ومع الإضافة إلى الشخص أيضا يعبر به عن جميع البدن يقول الرجل أمري حسن ما دام رأسك أي ما دام باقيا وكذلك الوجه يعبر به عن جميع البدن يقول الرجل لغيره يا وجه العرب وكذلك الجسد والبدن والرقبة والعنق يعبر بها عن جميع البدن قال الله تعالى ﴿ فتحرير رقبة ﴾ (المجادلة : ٣ المائدة : ٨٩ النساء : ٩٢) وقال الله تعالى ﴿ فظلت أعناقهم لها خاضعين ﴾ (الشعراء : ٤) وكذلك الفرج قال صلى الله عليه و سلم (لعن الله الفروج على السروج) وكذلك الروح يعبر بها عن جميع البدن وهو مذكور في كتاب الكفالة فصار هو بهذا اللفظ مضيفا الطلاق إلى جميعها فكأنه قال أنت طالق

وأما إذا قال يدك طالق أو رجلك طالق أو أصبعك طالق لا يقع شيء عندنا

وقال زفر والشافعي - رحمهما الله تعالى - تطلق لأنه أضاف الطلاق إلى جزء مستمع به منها بعقد النكاح فيقع الطلاق كالوجه والرأس وهذا لأن مبنى الطلاق على الغلبة والسراية فإذا أوقعه على جزء منها يسري إلى جميعها كالجزء الشائع وبه فارق النكاح فإنه غير مبني على السراية ولهذا لا تصح إضافته عندي إلى جزء شائع وهذا لأن الحل والحرمة إذا اجتمعا في المحل يترجح جانب الحرمة في الابتداء والانتهاء

والدليل عليه : أنه لو قال لها أنت طالق شهرا يقع مؤبدا

ولو قال تزوجتك شهرا لم يصح النكاح فيجعل ذكر جزء منها كذكر جزء من الزمان في الفصلين

وحجتنا في ذلك أن الإصبع ليس بمحل لإضافة النكاح إليه فكذلك الطلاق لمعنى وهو أنه تبع في حكم النكاح والطلاق ولهذا صح النكاح والطلاق وإن لم يكن لها أصبع ويبقى بعد فوات الإصبع وهذا لأن النكاح والطلاق يرد عليها فتكون الأطراف فيه تبعا كما في ملك الرقبة شراء وملك القصاص

وإذا ثبت أنه تبع فبذكر الأصل يصير التبع مذكورا فأما بذكر التبع لا يصير الأصل مذكورا وإذا كان تبعا لا يكون محلا لإضافة التصرف إليه مقصودا والسراية إنما تتحقق بعد صحة الإضافة إلى محله وقد ذكرنا في الوجه والرأس . أن الوقوع ليس بطريق السراية بل باعتبار أن ما ذكر عبارة عن جميع البدن حتى لو كان عرفا ظاهر القوم أنهم يذكرون اليد عبارة عن جميع البدن نقول : يقع الطلاق في حقهم ولا يمكن تصحيح الكلام هنا بطريق الإضمار وهو أن يقدم الإيقاع على البدن لتصحيح كلامه لأنه لو كان هذا كلاما مستقيما لصح إضافة النكاح إلى اليد بهذا الطريق وهذا لأن المقتضى تبع للمقتضي وجعل الأصل تبعا للأصبع متعذر فلهذا لا يصح بطريق الاقتضاء وهذا بخلاف ما لو أضاف إلى جزء شائع كالنصف والثلث والربع لأن الجزء الشائع ليس بتبع وهو محل لإضافة سائر التصرفات إليه فإذا صحت الإضافة إلى محلها ثبت الحكم في الكل بطريق السراية أو بطريق أنها لا تحتمل التجزي في حكم الطلاق وذكر جزء ما لا يتجزى كذكر الكل

ولهذا صحت إضافة النكاح إلى جزء شائع عندنا وهذا بخلاف ما لو قال أنت طالق شهرا لأن الإضافة صحت إلى محلها والطلاق بعد الوقوع لا يحتمل الرفع فلا ينعدم بذكر التوقيت فيما وراء المدة بخلاف النكاح فإنه يحتمل الرفع فبالتوقيت ينعدم فيما وراء الوقت ولا يمكن تصحيحه موقتا

وقع في بعض النسخ لو قال بضعك طالق يقع وهذا تصحيف إنما هو بعضك طالق أو نصفك طالق فأما البضع لا يعبر به عن جميع البدن ولم يذكر ما لو قال ظهرك طالق أو بطنك طالق

وقد قال بعض مشايخنا : أنه يقع الطلاق لأن الظهر والبطن في معنى الأصل إذ لا يتصور النكاح بدونهما

والأصح أنه لا يقع على ما ذكر بعد هذا في باب الظهار أنه إذا قال ظهرك أو بطنك علي كظهر أمي لا يكون مظاهرا لأن الظهر والبطن لا يعبر بهما عن جميع البدن

(قال) (ولو قال لامرأته ولأجنبية إحداكما طالق فإن قال عنيت امرأتي وقع الطلاق عليها وإلا لم يقع) لأن اللفظ المذكور يصلح عبارة عن امرأته وعن المرأة الأخرى فكان هذا كناية من حيث المحل وكما أن ألفاظ الكناية لا تعمل إلا بالنية فكذلك الكناية من حيث المحل لا يتعين فيه امرأته إلا بالنية ويحلف بالله ما عنى امرأته كما بينا في الكنايات

(قال) (ولو قال لأربع نسوة بينكن تطليقة تطلق كل واحدة واحدة) لأنه أوقع على كل واحدة منهن ربع تطليقة وربع التطليقة كما لها فإن التطليقة الواحدة لا يتجزأ وقوعها ولو قال بينكن تطليقتان فكذلك الجواب لأن كل واحدة منهن يصيبها نصف تطليقة إلا أن يقول عنيت أن كل تطليقة بينهن فحينئذ يقع على كل واحدة منهن تطليقتان لأنه صار موقعا على كل واحدة ربع تطليقة وربع تطليقة أخرى ولكن ما لم ينو لا يحمل على هذا لأن الجنس واحد والقسمة في الجنس الواحد بين الأشخاص تكون جملة واحدة

ولكن إذا عنى قسمة كل تطليقة فقد شدد الأمر على نفسه واللفظ محتمل لذلك

وكذلك لو قال بينكن ثلاث تطليقات أو أربع تطليقات تطلق كل واحدة منهن واحدة إلا أن يقول عنيت أن كل تطليقة بينهن فحينئذ تطلق كل واحدة ثلاثا

ولو قال بينكن خمس تطليقات تطلق كل واحدة منهن ثنتين لأن كل واحدة منهن يصيبها تطليقة وربع

وكذلك إن قال ست أو سبع أو ثمان وإن قال بينكن تسع تطليقات تطلق كل واحدة ثلاثا لأن كل واحدة منهن يصيبها بالقسمة تطليقتان وربع تطليقة

وكذلك لو قال أشركتكن في ثلاث تطليقات فلفظ الإشراك ولفظ البين سواء بخلاف ما لو طلق امرأتين له ثم قال لثالثة أشركتك فيما أوقعت عليهما يقع عليها تطليقتان لأنه صار مشركا لها في كل تطليقة

(قال) (رجل قال لامرأته أنت طالق ثلاثا إلا واحدة فهي طالق ثنتين) لأن الكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى قال الله تعالى ﴿ فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما ﴾ (العنكبوت : ١٤) معناه تسعمائة وخمسين عاما وما وراء المستثنى هنا ثنتان

ولو قال أنت طالق ثلاثا إلا ثنتين فهي واحدة إلا على قول الفراء – رحمه الله تعالى – فإنه يقول استثناء الأكثر لا يصح لأنه لم تتكلم به العرب

ولكنا نقول : طريق الاستثناء ما قلنا وهو أن يكون عبارة عما وراء المستثنى فشرط صحته أن يبقي وراء المستثني شيء حتى يجعل كلامه عبارة عنه وفي هذا لا فرق بين الأقل والأكثر

وعلى قول بعض أهل النحو – رحمهم الله تعالى – الاستثناء يخرج من الكلام ما لولاه لكان الكلام متناولا له فيكون بمنزلة دليل الخصوص في العموم وفي ذلك لا فرق بين الأقل والأكثر وبأن لم تتكلم به العرب لا يمنع صحته إذا كان موافقا لمذهبهم كاستثناء الكسور

ولم يذكر في الكتاب ما إذا قال أنت طالق ثلاثا إلا نصف تطليقة كم يقع ؟

وقيل : على قول أبي يوسف – رحمه الله تعالى – تطلق اثنتين لأن التطليقة كما لا تتجزأ في الإيقاع لا تتجزأ في الاستثناء فكأنه قال إلا واحدة

وعند محمد – رحمه الله تعالى – تطلق ثلاثا لأن في الإيقاع إنما لا يتجزأ لمعنى في الموقع وذلك لا يوجد في الاستثناء فيتجزأ فيه وإذا كان المستثنى نصف تطليقة صار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فيكون ثلاثا

(قال) (وإذا قال أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا تطلق ثلاثا) لأنه استثنى جميع ما تكلم به وهذا الاستثناء باطل فإنه إن جعل عبارة عما وراء المستثنى لا يبقى بعد استثناء الكل شيء ليكون كلامه عبارة عنه وإن جعل بمنزلة دليل الخصوص فذلك لا يعم الكل لأنه حينئذ يكون نسخا لا تخصيصا وظن بعض أصحابنا ومشايخنا رحمهم الله تعالى أن استثناء الكل رجوع والرجوع عن الكل باطل وهذا وهم فقد بطل استثناء الكل في الوصية أيضا وهو يحتمل الرجوع فدل أن الطريق ما قلنا

(قال) (وإن قال لها وقد دخل بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق إلا واحدة تطلق ثلاثا) من قبل أنه فرق الكلام فيكون هو مستثنيا جميع ما تكلم به في آخر كلماته وهو باطل وكذلك لو ذكره مع حرف العطف

ولو قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وواحدة وواحدة عند أبي حنيفة ومحمد – رحمهما الله تعالى – تطلق ثلاثا لأنه عطف بعض الكلمات على البعض والعطف للاشتراك وعند ذلك صار مستثنيا للكل فكأنه قال إلا ثلاثا وهو الظاهر من قول أبي يوسف – رحمه الله تعالى

وقد روي عنه أنه يقع واحدة وهو قول زفر – رحمه الله تعالى – لأنه لو قال إلا واحدة وواحدة صار مستثنيا للاثنتين فكان صحيحا فإنما بطل استثناء الثالثة فقط

(قال) (ولو قال أنت طالق تطليقة إلا نصفها فهي طالق واحدة) لأن ما بقي منها تطليقة تامة وهو إشارة إلى مذهب محمد – رحمه الله تعالى – في أن التطليقة تتجزى في الاستثناء وعلى قول من يقول لا تتجزى هذا استثناء لجميع ما تكلم به وهذا لا يصح وذكر في النوادر إذا قال أنت طالق ثنتين وثنتين الاثنتين أن الاستثناء صحيح عندنا وتطلق ثنتين وعند زفر – رحمه الله تعالى – تطلق ثلاثا لأنه استثنى أحد الكلامين وهو باطل

ولكنا نقول : لتصحيح هذا الاستثناء وجه وهو أن يجعل مستثنيا من كل كلام تطليقة وكلام العاقل يجب تصحيحه ما أمكن

وفي نوادر هشام لو قال ثنتين وثنتين إلا ثلاثا تطلق ثلاثا عند محمد – رحمه الله تعالى – لأنه استثنى أحد الكلامين وبعض الآخر وذلك باطل ولا وجه لتصحيح بعض الاستثناء فيه دون البعض

وفيه إشكال على أصل محمد – رحمه الله تعالى – لأنه يمكن أن يجعل مستثنيا من كل كلام تطليقة ونصفا فالتطليقة عنده تتجزى في الاستثناء فينبغي أن يقع ثنتان بهذا الطريق

(قال) (وإذا طلقها تطليقة رجعية فطلاقه يقع عليها ما دامت في العدة) وكذلك الظهار والإيلاء وإن قذفها لاعنها وإن مات أحدهما توارثا لبقاء ملك النكاح بعد الطلاق الرجعي وإن كان الطلاق بائنا لم يقع عليها ظهار ولا إيلاء لأن الظهار منكر من القول وزور لما فيه من تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا تشبيه المحرمة بالمحللة والمولى مضار متعنت من حيث أنه يمنع حقها في الجماع وبعد البينونة لا حق لها في الجماع وكذلك لو قذفها لم يلاعنها وكان عليه الحد لأن اللعان مشروع لقطع النكاح وقد انقطع النكاح بالبينونة

(قال) (رجل قال لامرأته أنت طالق ثلاثا إن دخلت الدار ثم طلقها ثلاثا ثم عادت إليه بعد زوج آخر فدخلت الدار لم تطلق عندنا وقال زفر – رحمه الله تعالى – تطلق ثلاثا) لأن التعليق في الملك قد صح والشرط وجد في الملك فينزل الجزاء كما لو قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار وهذا لأن المعلق بالشرط ليس بطلاق على ما نبينه إن شاء الله تعالى والذي أوقعه طلاق فكان غير المعلق بالشرط والمعلق بالشرط غير واصل إلى المحل فلا يعتبر لبقائه متعلقا قيام المحل وإنما يشترط كون المحل محلا عند وجود الشرط لأنه عند ذلك يصل إليه وهو موجود

والدليل عليه : أنه لو قال لها إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ثم طلقها ثلاثا ثم عادت إليه بعد زوج آخر يكون مظاهرا منها إذا دخلت الدار

ولو طلقها اثنتين في مسألة اليمين بالطلاق ثم عادت إليه بعد إصابة زوج آخر فدخلت الدار تطلق ثلاثا فإذا كان وقوع بعض الطلقات لا يمنع بقاء التعليق في الثلاث فكذلك في وقوع الكل

وحجتنا ما علل به في الكتاب فقال : من قبل أنه لما طلقها ثلاثا فقد ذهب تطليقات ذلك الملك كله ومعنى هذا أن انعقاد هذه اليمين باعتبار التطليقات المملوكة فإن اليمين بالطلاق لا ينعقد إلا في الملك أو مضافا إلى الملك ولم توجد

الإضافة هنا فكان انعقادها باعتبار التطليقات المملوكة وهي محصورة بالثلاث وقد أوقع ذلك كله والكل من كل شيء لا يتصور تعدده فعرفنا أنه لم يبق شيء من الجزاء المعلق بالشرط طلاقا كان أو غيره وكما لا ينعقد اليمين بدون الجزاء لا يبقى بدون الجزاء

ألا ترى أنه لو قال لها أنت طالق كل يوم ثلاثا فوقع عليها ثلاث تطليقات ثم تزوجها بعد زوج آخر لم يقع شيء

وكذلك لو قال لها أنت طالق تسعا كل سنة ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج لم يقع في السنة الثانية شيء

ولكن زفر – رحمه الله تعالى – يخالف في جميع هذا ويقول ما يملك على امرأته من التطليقات غير محصور بعدد وإنما لا يقع إلا الثلاث لأن المحل لا يسع إلا ذلك حتى أن باعتبار تجدد العقد يقع عليها أكثر من ثلاث

ولو قال لها أنت طالق ألفا يقع عليها ثلاث

ولو كان المملوك هو الثلاث لم يقع شيء عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – كما لو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء

والمعتمد أن نقول : بوقوع الثلاث عليها خرجت من أن تكون محلا للطلاق لأن الطلاق مشروع لرفع الحل وقد ارتفع الحل بالتطليقات الثلاث وفوت محل الجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بأن قال إن دخلت هذه الدار ثم جعل الدار حماما أو بستانا لا يبقى اليمين فهذا مثله بخلاف ما بعد بيع العبد لأنه بصفة الرق كان محلا للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فات العتق لم يبق اليمين

وبخلاف ما لو طلقها اثنتين لأن المحل باق بعد الثنتين فإن المحلية باعتبار صفة الحل وهي قائمة بعد الثنتين فيبقى اليمين ثم قد استفاد من جنس ما كان انعقدت عليه اليمين فيسري إليه حكم اليمين كما لو هلك مال المضاربة لا درهما منه يبقى عقد المضاربة على الكل حتى لو تصرف وربح يحصل جميع رأس المال بخلاف ما لو هلك الكل وهذا بخلاف اليمين في الظهار فإن المحلية هناك لا تنعدم بالتطليقات الثلاث لأن الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فإن تلك حرمة إلى وجود التكفير وهذه حرمة إلى وجود ما يرفعها وهو الزوج إلا أنها لو دخلت الدار بعد التطليقات الثلاث إنما لا يصير مظاهرا لأنه لا حل بينهما في الحال والظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وذلك لا يوجد إلا إذا دخلت الدار بعد التزوج بها

وما قال أن المحل لا يعتبر في المعلق بالشرط ضعيف لأنه إيجاب وإن لم يكن واصلا إلى المحل ولا يكون كلامه إيجابا إلا باعتبار المحل فلا بد لبقائه معلقا بالشرط من بقاء المحل ولم يبق بعد التطليقات الثلاث

وعلى هذا لو قال أنت طالق كلما حضت فبانت بثلاث ثم عادت إليه بعد زوج آخر لم يقع عليها إن حاضت شيء إلا على قول زفر – رحمه الله تعالى

وكذلك إن آلى منها فبانت بالإيلاء ثم تزوجها فبانت أيضا حتى بانت بثلاث ثم تزوجها بعد زوج لم يقع عليها بهذا الإيلاء طلاق إلا على قول زفر – رحمه الله تعالى – ولكن إن قربها كفر عن يمينه لأن اليمين باقية فإن انعقادها وبقاءها لا يختص بمحل الحل فإذا قربها تحقق حنثه في اليمين فتلزمه الكفارة

(قال) (وإن طلق امرأته واحدة أو اثنتين ثم تزوجها بعد زوج قد دخل بها فهي عنده على ثلاث تطليقات مستقبلات في قول أبي حنيفة وأبي يوسف – رحمهما الله تعالى) وهو قول ابن عباس وابن عمر وإبراهيم وأصحاب عبدالله بن مسعود – رضي الله عنهم

وعند محمد وزفر والشافعي – رحمهم الله تعالى – هي عنده بما بقي من طلاقها وهو قول عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران ابن الحصين وأبي هريرة – رضي الله عنهم

فأخذ الشبان من الفقهاء بقول المشايخ من الصحابة – رضوان الله عليهم – والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة – رضوان الله عليهم

وحجة محمد – رحمه الله تعالى – في ذلك : أن الزوج الثاني غاية للحرمة الحاصلة بالثلاث قال الله تعالى ﴿ حتى تنكح زوجا غيره ﴾ (البقرة : ٢٣٠) وكلمة حتى للغاية حقيقة وبالتطليقة والتطليقتين لم يثبت شيء من تلك الحرمة لأنها متعلقة بوقوع الثلاث وببعض أركان العلة لا يثبت شيء من الحكم فلا يكون الزوج الثاني غاية لأن غاية الحرمة قبل وجودها لا يتحقق

كما لو قال إذا جاء رأس الشهر فوالله لا أكلم فلانا حتى أستشير فلانا ثم استشاره قبل مجيء رأس الشهر لا يعتبر هذا لأن الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين فلا تعتبر قبل اليمين وإذا لم تعتبر كان وجودها كعدمها

ولو تزوجها قبل التزوج أو قبل إصابة الزوج الثاني كانت عنده بما بقي من التطليقات فكذلك هنا

وأبو حنيفة وأبو يوسف – رحمهما الله تعالى – قالا : إصابة الزوج الثاني بنكاح صحيح يلحق المطلقة بالأجنبية في الحكم المختص بالطلاق كما بعد التطليقات الثلاث

وبيان هذا : أن بالتطليقات الثلاث تصير محرمة ومطلقة ثم إصابة الزوج الثاني يرتفع الوصفان جميعا وتلتحق بالأجنبية التي لم يتزوجها قط فبالتطليقة الواحدة تصير موصوفة بأنها مطلقة فيرتفع ذلك بإصابة الزوج الثاني

ثم الدليل على أن الزوج الثاني رافع للحرمة لا منه أن المنهي يكون متقررا في نفسه ولا حرمة بعد إصابة الزوج الثاني فدل أنه رافع للحرمة ولأنه موجب للحمل فإن صاحب الشرع سماه محللا فقال صلى الله عليه و سلم (لعن الله المحلل والمحلل له) وإنما كان محللا لكونه موجبا للحل ومن ضرورته أنه يكون رافعا للحرمة وبهذا تبين أن جعله غاية مجاز وهو نظير قوله تعالى ﴿ ولا جنبا إلا عابري سبيل حتى تغتسلوا ﴾ (النساء : ٤٣) والإغتسال موجب للطهارة رافع للحدث لا أن يكون غاية للجنابة

والدليل عليه : أن أحكام الطلاق تثبت متأبدة لا إلى غاية ولكن ترتفع بوجود ما يرفعها كحكم زوال الملك لا يثبت مؤقتا ولكن يرتفع بوجود ما يرفعه وهو النكاح

وإذا ثبت أن الزوج الثاني موجب للحل فإنما يوجب حلالا يرتفع إلا بثلاث تطليقات وذلك غير موجود بعد التطليقة والتطليقتين فيثبت به ولما كان رافعا للحرمة إذا اعترض بعد ثبوت الحرمة فلأن يرفعها وهو بعرض الثبوت أولى ولأن يمنع ثبوتها إذا اقترن بأركانها أولى

ومحمد – رحمه الله تعالى – يقول ثبوت الحرمة بسبب إيقاع الطلاق وذلك لا يرتفع بالزوج الثاني حتى لا تعود منكوحة له وبقاء الحكم ببقاء سببه فعرفنا أنه ليس برافع للحرمة ولا هو موجب للحل لأن تأثير النكاح الثاني في حرمتها على غيره فكيف يكون موجبا للحل لغيره وسماه محللا لأنه شرط للحل لا لأنه موجب للحل

ألا ترى أنه سماه ملعونا باشتراط ما لا يحل له شرعا فعرفنا أنه غير موجب للحل ولكن الحرمة تحتمل التوقيت كحرمة المعتدة وحرمة الاصطياد على المحرم فجعلنا الزوج الثاني غاية للحرمة عملا بحقيقة كلمة حتى المذكورة في الكتاب والسنة حيث قال صلى الله عليه و سلم حتى تذوقي من عسيلته ومسألة يختلف فيها كبار الصحابة – رضوان الله عليهم – أجمعين لغور فقهها يصعب الخروج منها

(قال) (ولو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها واحدة أو اثنتين وعادت إليه بعد زوج آخر فدخلت الدار عند أبي حنيفة وأبي يوسف – رحمهما الله تعالى – تطلق بالدخول ثلاثا) لأنها عادت إليه بثلاث تطليقات

وعند محمد وزفر – رحمهما الله تعالى – يقع عليها ما بقي لأن عندهما إنما عادت إليه بما بقي من الطلقات

(قال) (ولو قال لامرأة كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثا فهو كما قال يقع عليها ثلاث كلما تزوج بها) لأن كلمة كلما تقتضي نزول الجزاء بتكرار الشرط وانعقاد هذه اليمين باعتبار التطليقات التي يملكها عليها بالتزوج وتلك غير محصورة بعدد فلهذا بقيت اليمين بعد وقوع ثلاث تطليقات بخلاف قوله لامرأته كلما دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فإن انعقاد تلك اليمين باعتبار التطليقات المملوكة عليها لأنه لم توجد الإضافة إلى الملك فلا تبقى اليمين بعد وقوع التطليقات المملوكة عليها

وهذه المسألة نبني على أصلنا أن ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق والظهار يجوز إضافته إلى الملك عم أو خص وهو قول عمر – رضي الله عنه – روي عنه ذلك في الظهار

وعند الشافعي – رحمه الله تعالى – لا يصح ذلك وهو قول ابن عباس – رضي الله عنهما – فإنه سئل عمن يقول لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق فتلي عليه قوله تعالى ﴿ إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن ﴾ (الأحزاب : ٤٩) وقال شرع الله تعالى الطلاق بعد النكاح فلا طلاق قبله وعلى قول ابن أبي ليلى – رحمه الله تعالى – إن خص امرأة أو قبيلة انعقدت اليمين وإن عم فقال كل امرأة لا تنعقد وهو قول ابن مسعود – رضي الله عنه – لما فيه من سد باب نعمة النكاح على نفسه فالشافعي – رحمه الله تعالى – استدل بقوله – صلى الله عليه و سلم (لا طلاق قبل النكاح) وروي أن عبدالله بن عمرو بن العاص – رضي الله عنهما – خطب امرأة فأبى أولياؤها أن يزوجوها منه فقال : إن نكحتها فهي طالق ثلاثا فسئل رسول الله – صلى الله عليه و سلم – عن ذلك فقال صلوات الله عليه وسلامه : (لا طلاق قبل النكاح)

والمعنى فيه : أنه غير مالك لتنجيز الطلاق فلا يملك تعليقه بالشرط كما لو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم تزوجها فدخلت لم تطلق وهذا لأن تأثير الشرط في تأخير الوقوع إلى وجوده ومنع ما لولاه لكان طلاقا وهذا الكلام لولا الشرط لكان لغوا . لا طلاقا ولأن الطلاق يستدعي أهلية في الموقع وملكا في المحل . ثم قبل الأهلية لا يصح التعليق مضافا إلى حالة الأهلية كالصبي يقول لامرأته إذا بلغت فأنت طالق فكذلك قبل ملك المحل لا يصح مضافا وبهذا تبين أنه تصرف يختص بالملك فإيجابه قبل الملك يكون لغوا كما لو باع الطير في الهواء ثم أخذه قبل قبول المشتري

وحجتنا في ذلك : أن التعليق بالشرط يمين فلا تتوقف صحته على ملك المحل كاليمين بالله تعالى وهذا لأن اليمين تصرف من الحالف في ذمة نفسه لأنه يوجب على نفسه البر والمحلوف به ليس بطلاق لأنه لا يكون طلاقا إلا بالوصول إلى المرأة وما دامت يمينا لا يكون واصلا إليها وإنما الوصول بعد ارتفاع اليمين بوجود الشرط فعرفنا أن المحلوف به ليس بطلاق وقيام الملك في المحل لأجل الطلاق ولكن المحلوف به ما سيصير طلاقا عند وجود الشرط بوصوله إليها ونظيره من المسائل الرمي عينه ليس بقتل والترس لا يكون مانعا عما هو قتل ولا مؤخرا له بل يكون مانعا عما سيصير قتلا إذا وصل إلى المحل ولما كان التعليق مانعا من الوصول إلى المحل والتصرف لا يكون إلا بركنه ومحله فكما أنه بدون ركنه لا يكون طلاقا فكذلك بدون محله لا يكون طلاقا

وبه فارق ما لو قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق فإن المحلوف به هناك غير موجود وهو ما يصير طلاقا عند وجود الشرط لأن دخول الدار ليس بسبب لملك الطلاق ولا هو مالك لطلاقها في الحال حتى يستدل به على بقاء الملك عند وجود الشرط أما هنا نتيقن بوجود المحلوف به موجودا بطريق الظاهر بأن قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق انعقدت اليمين وإن كان من الجائز أن يكون دخولها بعد زوال الملك فإذا كان المحلوف به متيقن الوجود عند وجود الشرط أولى أن ينعقد اليمين وبأن كان لا يملك التنجيز لا يدل على أنه لا يملك التعليق كمن يقول لجاريته إذا ولدت ولدا فهو حر صح وإن كان لا يملك تنجيز العتق في الولد المعدوم

وإذا قال لامرأته الحائض إذا طهرت فأنت طالق كان هذا طلاقا للسنة وإن كان لا يملك تنجيزه في الحال وهذا بخلاف التصرف لأنه لا بد منه في تصرف اليمين كما لا بد منه في تصرف الطلاق فأما الملك في المحل معتبر بالطلاق دون اليمين وهذا بخلاف البيع فإن الإيجاب أحد شطري البيع وتصرف البيع قبل الملك لغو فأما الإيجاب هنا تصرف آخر سوى الطلاق وهي اليمين

وتأويل الحديث ما روي عن مكحول والزهري وسالم والشعبي – رضي الله تعالى عنهم – أنهم قالوا كانوا يطلقون في الجاهلية قبل التزوج تنجيزا ويعدون ذلك طلاقا فنفى رسول الله – صلى الله عليه و سلم – ذلك بقوله لا طلاق قبل النكاح

وحديث عبدالله بن عمرو – رضي الله تعالى عنه – غير مشهور وإن ثبت فمعنى قوله إن نكحتها أي وطئتها لأن النكاح حقيقة للوطء وبهذا لا يحصل إضافة الطلاق إلى الملك عندنا

إذا عرفنا هذا فنقول : إذا قال لامرأته إذا تزوجتك أو إذا ما تزوجتك أو إن تزوجتك أو متى ما تزوجتك فهذا كله للمرة الواحدة لأنه ليس في لفظه ما يدل على التكرار فإن كلمة إن للشرط وإذا ومتى للوقت بخلاف ما لو قال : كلما تزوجتك لأن كلمة كلما تقتضي التكرار فلا يرتفع اليمين بالتزوج مرة ولكن كلما تزوجها يصير عند التزوج كالمنجز للطلاق وكذلك لو قال كلما دخلت الدار فهذا على كل مرة حتى تطلق ثلاثا بخلاف إن وإذا ومتى فإن ذلك على المرة الواحدة

(قال) (ولو قال لامرأة لا يملكها أنت طالق يوم أكلمك أو يوم تدخلين الدار أو يوم أطؤك فهذا باطل) بخلاف ما لو قال يوم أتزوجك فإنه بهذا اللفظ يصير مضيفا الطلاق إلى التزوج وهو سبب لملك الطلاق فيصير المحلوف به موجودا بخلاف ما سبق فإن دخول الدار ليس بسبب لملك الطلاق فإن تزوج بها ثم فعل ذلك لم يقع عليها شيء عندنا وقال ابن

أبي ليلى يقع لأن المعتبر لوقوع الطلاق وقت وجود الشرط فإن طلقها حينئذ يصل إلى المحل والملك موجود عند وجود الشرط فيقع الطلاق

ولكنا نقول : هذا بعد انعقاد اليمين ولا ينعقد اليمين بدون المحلوف به

فإذا لم يكن هو مالكا للطلاق في الحال ولا في الوقت المضاف إليه لا ينعقد اليمين فبدون ذلك وإن صار مالكا للطلاق في الوقت المضاف إليه لا يقع شيء لأن اليمين ما كانت منعقدة وكذلك لو قال لها أنت طالق غدا ثم تزوجها اليوم لم يقع عليها شيء إذا جاء غد

وإذا قال لامرأته وقد دخل بها أنت طالق . أنت طالق وقال عنيت الأولى صدق فيما بينه وبين الله تعالى وأما في القضاء فهما تطليقتان لأن كل واحد من الكلامين إيقاع من حيث الظاهر فإن صيغة الكلام الثاني كصيغة الكلام الأول والقاضي مأمور باتباع الظاهر وما قاله من قصد تكرار الكلام الأول محتمل لأن الكلام الواحد يكرر للتأكيد والله تعالى مطلع على ضميره

وكذلك قوله قد طلقتك قد طلقتك أو أنت طالق قد طلقتك أو أنت طالق أنت طالق أو طالق وأنت طالق فأما إذا قال لها أنت طالق فقال له إنسان ماذا قلت فقال قد طلقتها

أو قال قلت هي طالق فهي طالق واحدة لأن كلامه الثاني جواب لسؤال السائل والسائل إنما يسأله عن الكلام الأول لا عن إيقاع آخر فيكون جوابه بيانا لذلك الكلام

(قال) (وإذا قال لها إذا طلقتك فأنت طالق ثم طلقها واحدة وقد دخل بها فهي طالق اثنتين في القضاء إحداهما بالإيقاع والأخرى بوجود الشرط) لأن قوله إذا طلقتك شرط وقوله فأنت طالق جزاء له وأما فيما بينه وبين الله تعالى

فإن كان نوى بقوله إذا طلقتك فأنت طالق تلك التطليقة فهي واحدة لأن ما نواه محتمل على أن يكون قوله فأنت طالق بيانا لحكم الإيقاع لا جزاء لشرطه والله تعالى مطلع على ضميره

وكذلك إذا قال متى ما طلقتك أو إن طلقتك فأنت طالق ولو قال كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم طلقها واحدة تطلق ثلاثا لأن بوقوع الواحدة يوجد الشرط فوقع عليها تطليقه اليمين ثم بوقوع هذه التطليقة وجد الشرط مرة أخرى واليمين معقودة بكلمة كلما فتقع عليها الثالثة

وهذا بخلاف ما لو قال كلما طلقتك فأنت طالق ثم طلقها واحدة تقع عليها أخرى فقط لأن وقوع الثانية عليها ليس بإيقاع مستقبل منه بعد يمينه فلا يصلح شرطا للحنث فلهذا لا يقع عليها إلا واحدة فأما في الأول الشرط الوقوع لا الإيقاع والوقوع يحصل بالثانية بعد اليمين

وعلى هذا لو قال كلما قلت أنت طالق فأنت طالق أو كلما تكلمت بطلاق يقع عليك فأنت طالق وطلقها واحدة فهي طالق أخرى باليمين ولا يقع بالثانية طلاق لما بينا أن ما جعله شرطا لا يصير موجودا بعد اليمين بما وقع باليمين

والأصل فيما نذكره بعد هذا أن اليمين إنما يعرف بالجزاء حتى لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق كان يمينا بالطلاق

ولو قال فعبدي حر كان يمينا بالعتق والشرط واحد وهو دخول الدار ثم اختلفت اليمين باختلاف الجزاء وأصل آخر أن الشرط يعتبر وجوده بعد اليمين وأما ما سبق اليمين لا يكون شرطا لأنه يقصد باليمين منع نفسه عن إيجاد الشرط وإنما يمكنه أن يمنع نفسه عن شيء في المستقبل لا فيما مضى فعرفنا أن الماضي لم يكن مقصودا له واليمين يتقيد بمقصود الحالف

إذا عرفنا هذا فنقول رجل له امرأتان عمرة وزينب فقال لزينب أنت طالق إذا طلقت عمرة أو كلما طلقت عمرة ثم قال لعمرة أنت طالق إذا طلقت زينب ثم قال لزينب أنت طالق فإنه يقع على زينب بالإيقاع تطليقة ويقع على عمرة أيضا تطليقة لأن كلامه الأول كان يمينا بطلاق زينب وكلامه الثاني كان يمينا بطلاق عمرة فإن الجزاء فيه طلاق عمرة والشرط طلاق زينب وقد وجد الشرط بإيقاعه على زينب فلهذا يقع على عمرة تطليقة باليمين ويعود إلى زينب لأن عمرة طلقت بيمين بعد يمينه بطلاق زينب فيكون وقوع الطلاق عليها شرطا للحنث في اليمين بطلاق زينب فلهذا يقع عليها تطليقة أخرى

هكذا في نسخ أبي سليمان - رضي الله تعالى عنه - وهو الصحيح

وفي نسخ أبي حفص - رضي الله تعالى عنه - قال : ولا يعود على زينب وهو غلط

ثم قال (ولو لم يطلق زينب ولكنه طلق عمرة وقعت عليها تطليقة بالإيقاع وعلى زينب تطليقة باليمين ثم وقعت أخرى على عمرة باليمين) هكذا ذكر في نسخ أبي حفص - رضي الله تعالى عنه - وهو غلط والصحيح ما ذكره في نسخ أبي سليمان - رضي الله تعالى عنه - أنه لا يقع على عمرة باليمين لأن زينب إنما طلقت باليمين السابقة على اليمين بطلاق عمرة فلا يكون ذلك شرطا للحنث في اليمين بطلاق عمرة

قال : ألا ترى أنه لو قال لزينب إذا طلقت عمرة فأنت طالق ثم قال لعمرة إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت عمرة الدار تطلق بالدخول وتطلق زينب أيضا لأن عمرة إنما طلقت بكلام بعد اليمين بطلاق زينب ولو كان قال لعمرة أولا إن دخلت الدار فأنت طالق ثم قال لزينب إن طلقت عمرة فأنت طالق ثم دخلت عمرة الدار طلقت ولم يقع الطلاق على زينب لأن عمرة إنما طلقت بيمين قبل اليمين بطلاق زينب فلا يصلح أن يكون ذلك شرطا للحنث في اليمين بطلاق زينب وبهذا الاستشهاد يتبين أن الصواب ما ذكره في نسخ أبي سليمان وأن جوابه في نسخ أبي حفص وقع على القلب

(قال) (وإذا حلف بطلاق عمرة لا يحلف بطلاق زينب ثم حلف بطلاق زينب لا يحلف بطلاق عمرة كانت عمرة طالقا) لأنه بالكلام الأول حلف بطلاق عمرة وشرط حنثه الحلف بطلاق زينب وبالكلام الثاني صار حالفا بطلاق زينب لأن الجزاء فيه طلاق زينب فوجد فيه شرط الحنث في اليمين الأولى ألا ترى أنه لو قال لزينب بعد الكلام الأول إن دخلت الدار فأنت طالق كانت عمرة طالقا لأنه قد حلف بطلاق زينب فإن الشرط والجزاء يمين عند أهل الفقه وقد وجد فصار به حانثا في اليمين الأولى

(قال) (ولو قال لزينب أنت طالق إن شئت لم تطلق عمرة) لأن هذا ليس بيمين بل هو تفويض المشيئة إليها بمنزلة قوله اختاري أو أمرك بيدك وذلك لا يكون حلفا بالطلاق ألا ترى أن رسول الله – صلى الله عليه و سلم – خير نساءه مع نهيه عن الحلف بالطلاق والدليل على أنه بمنزلة التخيير أنه يبطل بقيامها عن المجلس قبل المشيئة والشرط المطلق لا يتوقت بالمجلس وحقيقة المعنى فيه أن الشرط منفي فإن الحالف يقصد منع الشرط بيمينه

وفي قوله أنت طالق إن شئت لا يقصد منعها عن المشيئة فعرفنا أنه ليس بيمين وكذلك لو قال لزينب أنت طالق إذا حضت حيضة فهذا ليس بيمين عندنا ولا يحنث به في اليمين بطلاق عمرة لأن هذا تفسير لطلاق السنة فإن بهذا اللفظ لا يقع الطلاق عليها ما لم تطهر لأن الحيضة اسم للحيضة الكاملة وطلاق السنة يتأخر إلى حالة الطهر فكأنه قال لها أنت طالق للسنة

وعن زفر – رحمه الله تعالى – أن هذا يمين لوجود الشرط والجزاء وليس بتفسير لطلاق السنة ألا ترى أنه لو جامعها في هذه الحيضة ثم طهرت طلقت ولو قال لها أنت طالق للسنة ثم جامعها في الحيض فطهرت لم تطلق وكذلك لو قال لها إذا حضت حيضتين أو إذا حضت ثلاث حيض لم يكن شيء من ذلك حلفا بطلاقها بخلاف ما لو قال لها إذا حضت فهذا حلف بطلاقها حتى تطلق عمرة لأن بهذا اللفظ يقع الطلاق في الحيض قبل الطهر فلا يكون تفسيرا لطلاق السنة

فإن قيل : هذا تفسير لطلاق البدعة ولو قال أنت طالق للبدعة لم يكن حالفا بطلاقها

(قلنا) : ليس كذلك فطلاق البدعة لا يختص بالحيض وهذا الطلاق لا يقع إلا في حالة الحيض فعرفنا أنه شرط وجزاء

(قال) (وإذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فكلما حاضت وطهرت طلقت واحدة حتى تستكمل الثلاث) لأن قوله للسنة أي لوقت السنة فإن اللام للوقت قال الله تعالى ﴿ أقم الصلاة لدلوك الشمس ﴾ (الإسراء : ٧٨) وكل طهر محل لوقوع تطليقة واحدة للسنة فلهذا طلقت في كل طهر واحدة ولا يحتسب بالحيضة الأولى من عدتها لأنها سبقت وقوع الطلاق عليها

وإن نوى أن تطلق ثلاثا في الحال فهو كما نوى عندنا

وعند زفر – رحمه الله تعالى – لا تعمل نيته لأن وقوع الثلاث جملة خلاف السنة ووقوع الطلاق في الحيض أو في طهر قد جامعها فيه خلاف السنة والنية إنما تعمل إذا كانت من محتملات اللفظ لا فيما كان من ضده ولأن معنى قوله أنت طالق للسنة إذا حضت وطهرت فكأنه صرح بذلك ونوى الوقوع في الحال فلا تعمل نيته ولكنا نقول المنوي من محتملات لفظه على معنى أن وقوع الثلاث جملة من مذهب أهل السنة

ووقوع الطلاق في الحيض كذلك إذ كون الطلاق ثلاثا عرف بالسنة فقد كانوا في الجاهلية يطلقون أكثر من ذلك فعرفنا أن المنوي من محتملات لفظه وفيه تغليظ عليه فتعمل نيته ولو قال : أنت طالق للسنة ولم يسم ثلاثا ولم يكن له نية فهي طالق واحدة إذا طهرت من الحيضة لما بينا أن اللام للوقت

وإن نوى ثلاثا فهي ثلاث كلما طهرت من حيضة طلقت واحدة لأن أوقات السنة غير محصورة فهو إنما نوى التعميم في أوقات السنة حتى يقع في كل طهر تطليقة واحدة وقد بينا أن نية التعميم صحيحة في كلامه فلهذا طلقت في

كل طهر واحدة وإن كانت لا تحيض من صغر أو كبر طلقت ساعة تكلم به واحدة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى لأن الثلاث للسنة هكذا تقع عليها والشهر في حقها كالحيض في حق ذات القروء وإن نوى أن يقعن جميعا في ذلك المجلس فهو كما نوى لما بينا

(قال) (رجل قال لامرأته وقد دخل بها أنت طالق كلما حضت حيضتين فهو كما قال إذا حاضت حيضتين طلقت لوجود الشرط ثم إذا حاضت أخراوين طلقت أخرى) لوجود الشرط لأن اليمين معقودة بكلمة كلما ويحتسب بهاتين الحيضتين من عدتها فإذا حاضت أخرى انقضت عدتها

(قال) (وإن قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق وقال لها أيضا كلما حضت فأنت طالق فرأت الدم فهي طالق واحدة باليمين الثانية) لأن الشرط فيها وجود الحيض لا الخروج منه فإذا طهرت من الحيض فهي طالق أخرى باليمين الأولى لأن الشرط فيها الحيضة الكاملة وقد وجدت بعدها ولا يحتسب بهذه الحيضة من عدتها لأن وقوع الطلاق كان بعد مضي جزء منها وإذا حاضت الثانية فهي طالق أخرى باليمين الثانية لأنها عقدت بكلمة كلما وكلمة كلما توجب تكرار الشرط وقد وجد الشرط فيها مرة أخرى

(قال) (ولو قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق وقال أيضا إذا حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت حيضة وطهرت فهي طالق واحدة باليمين الأولى) لأن شرط الحنث فيها حيضة واحدة وقد وجدت فإذا حاضت حيضة أخرى طلقت أخرى لوجود الشرط في اليمين الثانية وهو مضي الحيضتين بعدها فإن الحيضة الأولى كمال الشرط في اليمين الأولى ونصف الشرط في اليمين الثانية والشيء الواحد يصلح شرطا للحنث في أيمان كثيرة ويحتسب بالحيضة الثانية من عدتها لأنها حاضتها بعد وقوع الطلاق عليها ولو كان قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق ثم إذا حضت حيضتين فأنت طالق فإذا حاضت حيضة واحدة طلقت واحدة ثم لا تطلق أخرى ما لم تحض حيضتين سواها لأنه جعل الشرط في اليمين للثانية حيضتين سوى الحيضة الأولى فإن كلمة ثم للتعقيب مع التراخي وعلى هذا لو قال إذا دخلت الدار دخلة فأنت طالق ثم إذا دخلتها دخلتين فأنت طالق بخلاف ما لو قال إذا دخلت فأنت طالق وإذا دخلت فأنت طالق فدخلت دخلة واحدة وقعت عليها تطليقتان لأن الشرط في اليمين الدخول مطلقا وقد وجد ذلك بدخلة واحدة وفي الأول الشرط دخلتان بعد الدخلة الأولى في اليمين الثانية

ولو قال إذا حضت حيضة فأنت طالق وإذا حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت حيضتين تطلق اثنتين إحداهما حين حاضت الأولى لوجود الشرط في اليمين الأولى والثانية حين حاضت الأخرى لتمام الشرط بها في اليمين الثانية

(قال) ولو قال كلما حضت حيضة فأنت طالق فحاضت أربع حيض طلقت ثلاثا كل حيضة واحدة لتكرر الشرط في اليمين المعقودة بكلمة كلما وانقضت العدة بالحيضة الرابعة لأن الحيضة الأولى لا تكون محسوبة من عدتها فإنها سبقت وقوع الطلاق عليها

(قال) وإذا قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق فإنما يقع عليها بعد ما ينقطع عنها الدم وتغتسل لأن الشرط مضي حيضة كاملة ولا يتيقن به إلا بعد الحكم بطهرها فإن كانت أيامها عشرة فبنفس الانقطاع يتيقن بطهرها وإن كانت أيامها دون العشرة فإنما يحكم بطهرها إذا اغتسلت أو ذهب وقت صلاة بعد انقطاع الدم فلهذا توقف الوقوع عليه

ولو قال إذا حضت حيضة فأنت طالق فقالت قد حضت حيضة لم تصدق في القياس إذا كذبها الزوج لأنها تدعي وجود شرط الطلاق ومجرد قولها في ذلك ليس بحجة في حق الزوج كما لو كان الشرط دخولها الدار وهذا لأن دعواها شرط الطلاق كدعواها نفس الطلاق وفي الاستحسان القول قولها لأن حيضها لا يعلمه غيرها فلا بد من قبول قولها فيه كما لو قال لها إن كنت تحبيني أو تبغضيني وجب قبول قولها في ذلك ما دامت في المجلس وكذلك لو قال لها إن شئت إلا أن هناك تقدر على الإختيار في المجلس فبالتأخير عنه تصير مفرطة وهنا لا تقدر على الإخبار بالحيض ما لم تر الدم فوجب قبول قولها متى أخبرت به

(قال) ويدخل في هذا الاستحسان بعض القياس معناه أن الزوج لما علق وقوع الطلاق بالحيض صار ذلك من أحكام الحيض بجعله

وقولها حجة تامة في أحكام الحيض كحرمة وطئها إذا أخبرت برؤية الدم وحل الوطء إذا أخبرت بانقطاع الدم وكذلك في حكم انقضاء العدة بالحيض يقبل قولها لأن الشرع سلطها على الإخبار فكذلك الزوج بتعليق الطلاق به يصير مسلطا لها على الإخبار

وإذا قال إذا حضت فأنت طالق وفلانة معك فقالت حضت فقياس الاستحسان الأول أن يقع الطلاق على فلانة كما يقع عليها لأن قولها حجة تامة فيما لا يعلمه غيرها فيكون ثبوت هذا الشرط بقولها كثبوت شرط آخر بالبينة أو بتصديق الزوج ولكنا ندع القياس فيه ونقول لا يقع على الأخرى شيء حتى يعلم أنها قد حاضت لأن في ذلك حق الضرة وهي ما سلطتها ولا رضيت بخبرها في حق نفسها ثم قبول قولها فيما لا يعلمه غيرها لأجل الضرورة وذلك في حق نفسها خاصة كما في حل الوطء وانقضاء العدة والحكم يثبت بحسب الحاجة

ألا ترى أن الملك للمستحق إذا ثبت بإقرار المشتري ولم يرجع على البائع بالثمن وأن شهادة امرأتين ورجل بالسرقة حجة في حق المال دون القطع فهذا مثله ولو قال لها إذا ولدت غلاما فأنت طالق واحدة وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية فإن علم أنها ولدت الجارية أولا طلقت اثنتين بولادتها الجارية ثم انقطعت عدتها بولادة الغلام وإن علم أنها ولدت الغلام أولا طلقت واحدة بولادتها الغلام وانقضت عدتها بولادة الجارية فإن لم يعلم أيهما أولا لم يقع في القضاء إلا تطليقة واحدة لأن التيقن فيها وفي الثانية شك والطلاق بالشك لا يقع وفيما بينه وبين الله تعالى ينبغي أن يأخذ بتطليقتين حتى إذا كان طلقها قبل هذا واحدة فلا ينبغي أن يتزوجها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال أنها مطلقة ثلاثا

ولأن يترك امرأة يحل له وطؤها خير من أن يطأ امرأة محرمة عليه وإن ولدت غلاما وجاريتين في بطن واحد فإن علم أنها ولدت الجاريتين أولا فهي طالق ثنتين بولادة الأولى منهما وقد انقضت عدتها بولادة الغلام وإن ولدت الغلام أولا طلقت واحدة بولادة الغلام وتطليقتين بولادة الجارية الأولى وقد انقضت عدتها بولادة الأخرى وإن ولدت إحدى الجاريتين أولا ثم الغلام ثم الجارية طلقت تطليقتين بولادة الجارية الأولى والثالثة بولادة الغلام وانقضت عدتها بولادة الأخرى

وإن لم يعلم كيف كانت الولادة فنقول في وجه هي طالق اثنتين وفي وجهين هي طالق ثلاثا ففي القضاء لا تطلق إلا ثنتين لأن اليقين فيها وفي التنزه ينبغي أن يأخذ بثلاث تطليقات احتياطا وقد انقضت عدتها بيقين بولادة الآخر منهم

وإذا قال لها كلما ولدت ولدا فأنت طالق وقال إذا ولدت غلاما فأنت طالق فولدت جارية فهي طالق واحدة لأن الجارية ولد فيقع بها تطليقة بحكم الكلام الأول فإن ولدت بعدها غلاما في ذلك البطن انقضت عدتها بولادة الغلام لأنها معتدة وضعت جميع ما في بطنها ولا يقع عليها بولادة الغلام شيء لأن أوان الوقوع بعد وجود الشرط وهي ليست في عدته بعد ولادة الغلام فهو بمنزلة ما لو قال لها إذا انقضت عدتك فأنت طالق وإن ولدت الغلام أولا وقع به تطليقتان أحدهما بالغلام الأول لأن الغلام ولد والثانية بالكلام الثاني لأنه غلام وكذلك لو قال لها إذا ولدت غلاما فأنت طالق ثم قال إذا ولدت ولدا فأنت طالق فولدت غلاما طلقت اثنتين لأنه ولد وغلام وكذلك لو قال إذا كلمت فلانا فأنت طالق ثم قال إذا كلمت إنسانا فأنت طالق فكلمت فلانا تطلق اثنتين لأنه إنسان وفلان

وكذلك إذا قال إن تزوجت فلانة فهي طالق ثم قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج فلانة فتطلق اثنتين لأنها فلانة وامرأة والشيء الواحد يصلح شرطا للحنث في أيمان كثيرة

ولو قال لامرأته كلما ولدت غلاما فأنت طالق فولدت غلاما وجارية في بطن واحد فإن علم أنها ولدت الغلام أولا وقع عليها تطليقة بولادة الغلام وانقضت عدتها بولادة الجارية وإن علم أنها ولدت الجارية أولا وقعت عليها تطليقة بولادة الغلام وعليها العدة بثلاث حيض وله أن يراجعها في العدة إذا علم أن الغلام ولد آخر وإذا لم يعلم أيهما أول فعليهما الأخذ بالاحتياط في كل حكم فيلزمها العدة بثلاث حيض لجواز أن تكون ولدت الجارية أولا وليس للزوج أن يراجعها في هذه العدة لجواز أن تكون ولدت الغلام أولا ولو مات أحدهما لم يتوارثا لجواز أن تكون ولدت الغلام أولا ثم انقضت عدتها بولادة الجارية والميراث لا يثبت بالشك

(قال) وإن قال إذا ولدت ولدا فأنت طالق فأسقطت سقطا مستبين الخلق أو بعض الخلق طلقت لأن مثل هذا السقط ولد

ألا ترى أن العدة تنقضي به وتصير الجارية أم ولد له ولو لم يستبن شيء من خلقه لم يقع به طلاق لأنه ليس بولد في حكم العدة وثبوت أمية الولد فكذلك في حكم الطلاق

(قال) ولو قال لها إذا ولدت فأنت طالق وقالت قد ولدت وكذبها الزوج لم يقع الطلاق بقولها بخلاف الحيض لأن الولادة مما يقف عليها غيرها فإن قول القابلة يقبل في الولد فلا يحكم بوقوع الطلاق ما لم تشهد القابلة به والحيض لا يقف عليه غيرها فإن شهدت القابلة بالولادة ثبت نسب الولد بشهادتها ولا يقع الطلاق عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - ما لم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان وعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - يقع الطلاق عليها بشهادة القابلة لأن شرط وقوع الطلاق عليها ولادتها وقد صار محكوما به بشهادة القابلة بدليل ثبوت نسب الولد وشهادة القابلة في حال قيام الفراش حجة تامة في حق النسب وغيره

ألا ترى أنه لو قال لجاريته إن كان بها حبل فهي مني فشهدت القابلة على ولادتها صارت هي أم ولد له وكذلك إن ولدت امرأته ولدا ثم قال الزوج هو ليس مني ولا أدري ولدته أم لا فشهدت القابلة حكم باللعان بينهما ولو كان الزوج عبدا أو حرا محدودا في قذف وجب عليه الحد فإذا جعلت شهادة القابلة حجة في حكم اللعان والحد فلأن تجعل حجة في حكم الطلاق أولى

وأبو حنيفة - رحمه الله تعالى - يقول : شرط الطلاق إذا كان لا يثبت إلا بالشهادة فلا بد فيه من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين كسائر الشروط وهذا لأن شرط القرار كنفس الطلاق وتأثيره أن شهادة المرأة الواحدة ليست بحجة أصلية وإنما يكتفى بها فيما لا يطلع عليه الرجال لأجل الضرورة والثابت بالضرورة لا يعدو مواضعها والضرورة في نفس الولادة وما هو من الأحكام المختصة بالولادة لأن ثبوت الحكم بثبوت نسبه والولادة لا يطلع عليها الرجال والحكم المختص بالولادة أمية الولد للأم واللعان عند نفي الولد فأما وقوع الطلاق والعتاق ليس من الحكم المختص بالولادة ولا أثر للولادة فيه بل إنما يقع بإيقاعه عند وجود الشرط ونسب الولد من الأحكام المختصة بالولادة مع أن النسب عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - لا يثبت بشهادة القابلة وإنما يثبت بعين الولد فأن ثبوت النسب بالفراش القائم وبأن يجعل شهادة القابلة حجة في ثبوت النسب فذلك لا يدل على أنها تكون حجة في وقوع الطلاق كما بينا في قوله إذا حضت فأنت طالق وفلانة معك ولو كان الزوج أقر بأنها حبلى ثم قال لها إذا ولدت فأنت طالق فقالت قد ولدت عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - يقع الطلاق بمجرد قولها وعندهما لا يقع إلا أن تشهد القابلة لأن شرط الطلاق ولادتها وذلك ما يقف عليه غيرها فلا يقبل فيه مجرد قولها كما في الفصل الأول

ألا ترى أن نسب الولادة لا يثبت إلا بشهادة القابلة وإن أقر الزوج بالحبل فكذلك الطلاق

وأبو حنيفة - رحمه الله تعالى - يقول : علق الطلاق ببروز موجود في باطنها فيقع الطلاق لمجرد خبرها كما لو قال : إذا حضت فأنت طالق وهذا لأن وجود الحبل بها يثبت بإقرار الزوج فلما جاءت الآن وهي فارغة وتقول قد ولدت فالظاهر يشهد لها أو يتيقن بولادتها وهذا بخلاف النسب لأن بقولها يثبت مجرد الولادة وليس من ضرورته تعيين هذا الولد لجواز أن تكون ولدت غير هذا من والد ميت ثم تريد حمل نسب هذا الولد عليه فلهذا لا يقبل قولها في تعيين الولد إلا بشهادة الوالد فأما وقوع الطلاق يتعلق بنفس الولادة أي ولد كان من حي أو ميت وبعد إقرار الزوج بالحبل يتيقن بالولادة إذا جاءت وهي فارغة

(قال) وإذا قال الرجل لامرأته إذا ولدت ولدين فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد في بطن واحد ثم ولدت بعد ذلك لستة أشهر ولدا آخر فقد وقعت عليها تطليقة بولادة الولدين الأولين لتمام الشرط بهما وقضت عدتها بالولد الثالث لأنها معتدة وضعت جميع ما في بطنها فإن الولد الرابع من حبل حادث بيقين لأن التوأم لا يكون بينهما مدة حبل تام ولهذا لا يثبت نسب الولد الرابع من الزوج لأنها علقت به بعد انقضاء عدتها

(قال) ولو قال أول ولد تلدينه غلاما فأنت طالق فولدت غلاما وجارية في بطن واحد لا يعلم أيهما أول لم يقع عليها شيء في الحكم لجواز أن تكون ولدت الجارية أولا ثم الغلام وفي النزهة قد وقعت عليها تطليقة لجواز أن تكون ولدت الغلام أولا فوقع عليها تطليقة ثم انقضت عدتها بولادة الجارية في هذا الوجه غير أنها لا تحل للأزواج حتى يوقع عليها طلاقا مستقبلا وتعتد بعدة مستقبلة لأنها في الحكم امرأته فإن الطلاق بالشك لا يقع في الحكم فلهذا يحتاج في حلها للأزواج إلى إيقاع مستقبل وعدة مستقبلة

(قال) وإذا قال لها كلما ولدت ولدين فأنت طالق فولدتهما في بطن واحد أو في بطنين فهو سواء ويقع عليها الطلاق بالولد الآخر لأن تمام الشرط به ولا فرق في الشرط بين أن يوجدا معا أو متفرقا ولو ولدت الثاني وهي ليست في نكاحه ولا في عدته لم يقع عليها شيء عندنا

وعلى قول ابن أبي ليلى – رحمه الله تعالى – يقع لأن المعتبر عنده أن الطلاق يقع عند وجود الشرط بالتعليق السابق وقد صح في ملكه

ألا ترى أن الصحيح إذا قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ثم جن ثم دخل الدار تطلق باعتبار وقت التعليق لا وقت وجود الشرط ولكنا نقول أوان وقوع الطلاق عليها عند وجود الشرط وعند ذلك ليست بمحل لوقوع طلاقه عليها لأنها ليست في نكاحه ولا في عدته وبدون المحل لا يثبت الحكم بخلاف جنون الزوج فإنه لا يعدم المحلية إنما يعدم الأهلية للإيقاع والإيقاع بكلام الزوج وذلك عند التعليق لا عند وجود الشرط فلهذا لا يعتبر قيام الأهلية عند وجود الشرط

ولو أبانها فولدت الأول في غير نكاحه وعدته ثم تزوجها فولدت عندنا يقع الطلاق عليها وعند زفر – رحمه الله تعالى – لا يقع لأن ولادة الولد الأول شرط للطلاق لولادة الولد الثاني فكما لا يعتبر قيام الملك للوقوع عند ولادة الولد الثاني وكذلك عند ولادة الولد الأول

وعلماؤنا – رحمهم الله تعالى – يقولون : المحل إنما يعتبر عند التعليق لصحة التعليق بوجود المحلوف به وعند تمام الشرط لنزول الجزاء فأما في حال ولادة الولد الأول ليس بحال التعليق ولا حال نزول الجزاء إنما هو حال بقاء اليمين وملك المحل ليس بشرط لبقاء اليمين كما لو قال لعبده : إن دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه ودخل الدار عتق وهذا لأن بوجود بعض الشرط لا ينزل شيء من الجزاء ألا ترى أنه لو قال لامرأته في رجب ولم يدخل بها إذا جاء يوم الأضحى فأنت طالق ثم أبانها ثم تزوجها يوم عرفة فجاء يوم الأضحى طلقت وما لم يمض الشهر لا يتحقق وجود الشرط بمجيء يوم الأضحى ثم لا يعتبر قيام المحل في تلك الشهور وعلى هذا الخلاف لو قال إذا حضت حيضتين فحاضت الأولى في غير ملك والثانية في ملك وكذلك إن تزوجها قبل أن تطهر من الحيضة الثانية بساعة أو بعد ما انقطع عنها الدم قبل أن تطهر من الحيضة الثانية بساعة أو بعد ما انقطع عنها الدم قبل أن تغتسل وإيامها دون العشرة فإذا اغتسلت أو مضى عليها وقت صلاة طلقت لأن الشرط قد تم وهي في نكاحه

وكذلك لو قال إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق فأكلت عامة الرغيف في غير ملكه ثم تزوجها فأكلت ما بقي منه طلقت لأن الشرط شرط في ملكه والحنث به يحصل وقد قال في الأصل إذا قال كلما حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت الأخيرة منهما في غير ملكه ثم تزوجها فحاضت الثانية في ملكه لم يقع عليها شيء

قال الحاكم : وهذا **الجواب** غير سديد في قوله كلما حضت وإنما يصح إذا كان السؤال بقوله إذا حضت لأن كلمة كلما تقتضي التكرار

(قال) الشيخ الإمام والأصح عندي أن في المسألة روايتين في رواية هذا الكتاب لا تطلق وفي رواية الجامع تطلق وأصل الاختلاف في كيفية التكرار بكلمة كلما في هذه الرواية يتكرر انعقاد اليمين فكلما وجد الشرط مرة ارتفعت اليمين

الأولى وانعقدت يمين أخرى فإذا لم يكن عند تمام الشرط في نكاحه ولا في عدته لا تنعقد اليمين الأخرى لأن ملك المحل شرط عند انعقاد اليمين فلهذا لا يقع عليها شيء وإن حاضت حيضتين في ملكه وعلى رواية الجامع إنما يتكرر بكلمة كلما نزول الجزاء بتكرر الشرط ولا يتكرر انعقاد اليمين فكلما وجد الشرط في ملكه طلقت والأصح رواية الجامع وقد بينا تمام هذا الكلام فيما أمليناه من شرح الجامع

(قال) وإن قال إذا حضت فأنت طالق فولدت لم تطلق لأن شرط الطلاق حيضها والنفاس ليس بحيض ألا ترى انه لا يحتسب به من أقراء العدة

وإن قال إذا حبلت فأنت طالق ثلاثا فوطئها مرة فالأفضل له أن لا يقربها ثانية حتى يستبرئها بحيضة لجواز أن تكون قد حبلت فطلقت ثلاثا وإذا حاضت وطهرت عرفنا أنها لم تحبل فإن تبين فراغ رحمها يحصل بحيضة واحدة بدليل الاستبراء فله أن يطأها مرة أخرى وهذا حاله وحالها ما دامت عنده وهو **جواب** النزهة فأما في الحكم لا يمنع من وطئها ما لم يظهر بها حبل لأن قيام النكاح فيما بينهما يقين وفي وقوع الطلاق شك وإذا ولدت بعد هذا القول لأقل من ستة أشهر لم تطلق لأنا تيقنا أن هذا الحبل كان قبل اليمين وشرط الحنث حبل حادث بعد اليمين

وإن جاءت به لأكثر من سنتين وقع الطلاق وانقضت العدة بالولد لأنا تيقنا أن هذا الولد من حبل حادث بعد اليمين وإنما وقع الطلاق عند وجود الشرط وهو ما إذا لو حبلت فتنقضي عدتها بالولد وجاءت به لستة أشهر أو اكثر ولكن لأقل من سنتين لم تطلق أيضا لجواز أن يكون هذا الولد من حبل قبل اليمين فإن الولد يبقى في البطن إلى سنتين وما لم يتيقن بوجود الشرط بعد اليمين لا ينزل الجزاء والحل وإن كان قائما بينهما يسند العلوق إلى أبعد الأوقات تحرزا عن إيقاع الطلاق بالشك

(قال) وإذا قال لها إذا وضعت ما في بطنك فأنت طالق فولدت ولدين في بطن واحد وقع الطلاق بآخرهما وعليها العدة لأن حرف ما يوجب التعميم فشرط وقوع الطلاق أن تضع جميع ما في بطنها وذلك لا يحصل إلا بالولد الثاني وعلى هذا

لو قال إن كان حملك هذا جارية فأنت طالق واحدة وإن كان غلاما فأنت طالق اثنتين فولدت غلاما وجارية لم يقع عليها شيء لأن الحمل اسم لجميع ما في بطنها قال الله تعالى : ﴿ أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ ولا تنقضي عدتها إلا بوضع جميع ما في بطنها فالشرط أن يكون جميع حملها غلاما أو جارية ولم يوجد ذلك حين ولدت غلاما وجارية في بطن واحد

ألا ترى أنه لو كان قال إن كان مافي هذا الجوالق حنطة فامرأته طالق وإن كان ما فيه شعيرا فعبده حر فإذا فيه شعير وحنطة لم يلزمه طلاق ولا عتق ونظير هذه المسألة امتحن أبو حنيفة – رحمه الله تعالى – فطنة الحسن بن زياد – رضي الله عنه – ما تقول في عنز ولدت ولدين لا ذكرين ولا أنثيين ولا أسودين ولا أبيضين كيف يكون هذا فتأمل ساعة ثم قال : أحدهما ذكر والآخر أنثى وأحدهما أسود والآخر أبيض فتعجب من فطنته

وإن قال لها كلما حبلت فأنت طالق فولدت بعد هذا القول من حبل حادث فقد وقعت عليها تطليقة كلما حبلت لوجود الشرط وانقضت عدتها بالولادة

ولو كان جامعها بعد الحبل قبل أن تلد منه كان ذلك منه رجعة لأن الواقع بهذا اللفظ كان رجعيا والوطء في العدة من طلاق رجعي يكون رجعة فإن حبلت مرة أخرى طلقت لأنه عقد بيمينه بكلمة كلما وكذلك في الحكم الثالث

وإن قال أنت طالق ما لم تلدي فهي طالق حين سكت لأنه جعلها طالقا في وقت لا تلد فيه بعد اليمين وكما سكت فقد وجد ذلك الوقت وكذلك في قوله ما لم تحبلي وفي قوله ما لم تحيضي إلا أن يكون ذلك منها مع سكوته فحينئذ لا يقع وهذا لأن وقوع الطلاق بحيض بزمان وهو ما بعد كلامه وقد جعلها طالقا إلى غاية وهو أن تحيض أو تحبل أو تلد فإذا وجدت الغاية متصلا بسكوته فقد انعدم الزمان الذي أوقع فيه الطلاق لأن الشيء لا يكون غاية لنفسه فلا تطلق فإذا لم يوجد ذلك مع سكوته فقد وجد الزمان الذي أوقع فيه الطلاق فتطلق

ولو قال أنت طالق ما لم تحبلي وهي حبلى أو ما لم تحيضي وهي حائض فهي طالق كما سكت لأن صيغة كلامه لحبل وحيض حادث يقال حبلت المرأة وحاضت عند ابتداء ذلك ولم يوجد ذلك متصلا بسكوته فلهذا تطلق فإن كان يعني ما فيه من الحبل والحيض دين فما بينه وبين الله تعالى لأن استدامة الحيض بخروج الدم منها ساعة فساعة ولا يبرز منها حادث من وجه فيجوز أن يطلق عليه اسم ابتداء الحيض مجازا ولكنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى واما في الحبل فلا يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لأنه لا يتجدد الحبل في مدته ساعة فساعة فلا يكون لاستدامة اسم الابتداء لا حقيقة ولا مجازا ألا ترى أنه يقال حاضت عشرة أيام ولا يقال حبلت تسعة أشهر إنما يقال حبلت ووضعت لتسعة أشهر

وإن قال لامرأته قد طلقتك قبل أن أتزوجك فهذا باطل لأن ماثبت بإقراره كالثابت بالمعاينة ولأنه أضاف الطلاق إلى وقت لم يكن مالكا للإيقاع عليها في ذلك الوقت فكان نافيا للوقوع عليها لا مثبتا كما لو قال أنت طالق قبل أن تولدي أو تخلقي أو قبل أن أولد أو أن أخلق وكذلك لو قال قد طلقتك أمس وإنما تزوجها اليوم لأنه أضاف الطلاق إلى وقت لم يكن مالكا للإيقاع في ذلك الوقت وإن كان تزوجها قبل أمس طلقت للحال لأنه أضاف إلى وقت كان مالكا للإيقاع في ذلك الوقت فكان كلامه معتبرا في الإيقاع ثم أنه وصفها بالطلاق في الحال مستندا إلى أمس وهو يملك الإيقاع عليها في الحال ولكن لا يملك الإسناد فلهذا تطلق في الحال

(قال) ولو قال قد طلقتك وأنا صغير أو قال وأنا نائم لم يقع بهذا شيء لأنه أضاف إلى حالة معهودة تنافي صحة الإيقاع فكان منكرا للإيقاع لا مقرا به

ولو قال وأنا مجنون فإن عرف بالجنون قبل هذا لم تطلق لأنه أضاف إلى حالة معهودة تنافي صحة الإيقاع وإن لم يعرف بالجنون طلقت لأنه أقر بطلاقها وأضافه إلى حالة لم تعرف تلك الحالة منه فلا يعتبر قوله في الإضافة فلهذا تطلق في الحال وإن قال قلت لك أنت طالق إن كلمت فلانا وقالت هي طلقتني فالقول قول الزوج لأن تعليق الطلاق بالشرط يمين واليمين غير الطلاق

ألا ترى أنه لا يقع الطلاق بها ما لم يجد الحنث فهي تدعي عليه إيقاع الطلاق والزوج منكر لذلك فالقول قوله وإن قال أنت طالق ثلاثا إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت أحدهما قبل أن يطلقها لأن كلمة إن للشرط فقد جعل عدم إيقاع الطلاق عليها شرطا ولا يتيقن وجود هذا الشرط ما بقيا حيين فهو كقوله إن لم آت البصرة فأنت طالق ثم إن مات الزوج وقع عليها قبل موته بقليل وليس لذلك القليل حد معروف ولكن قبيل موته يتحقق عجزه عن إيقاع الطلاق عليها فيتحقق شرط الحنث فإن كان لم يدخل بها فلا ميراث لها وإن كان قد دخل بها فلها الميراث بحكم القرار حين وقع الثلاث بإيقاعه قبيل موته بلا فصل وإن ماتت المرأة وقع الطلاق أيضا قبل موتها

وفي النوادر لا يقع لأنه قادر على أنه يطلقها ما لم تمت وإنما عجز بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو نظير قوله إن لم آت البصرة وجه ظاهر الرواية أن الإيقاع من حكمة الوقوع بعد الموت وهو قد تحقق العجز عن إيقاعه قبيل موتها لأنه يعقبه الوقوع كما لو قال لها أنت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج لأن الفرقة وقعت بينهما قبل موتها بإيقاع الطلاق عليها

وإن قال أنت طالق متى لم أطلقك طلقت كما سكت لأن كلمة متى تستعمل للوقت فقد أضاف الطلاق إلى وقت بعد يمينه لا يطلقها فيه وقد وجد ذلك الوقت كما سكت وكذلك إن قال متى ما لم أطلقك فأما إذا قال إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك فإن قال عنيت بإذاء الشرط فهو بمنزلة أن لا يقع الطلاق حتى يموت أحدهما وإن قال عنيت به متى وقع الطلاق كما سكت لأن إذا تستعمل لكل واحدة منهما وإن لم تكن له نية

فعلى قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – لا تطلق حتى يموت أحدهما وعند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – كما سكت يقع وأصل الخلاف بين أهل اللغة والنحو فالكوفيون منهم يقولون إذا قد تستعمل للوقت وقد تستعمل للشرط على السواء فيجازى به مرة ولا يجازى به أخرى

وإذا كان بمعنى الشرط سقط فيه معنى الوقت أصلا كحرف إن وهو مذهب أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – والبصريون – رحمهم الله تعالى يقولون إذا للوقت ولكن قد تستعمل للشرط مجازا ولا يسقط به معنى الوقت إذا أريد به الشرط بمنزلة متى وهو مذهب أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – فهما يقولان إذا تستعمل فيما هو كائن لا محالة وليس فيه معنى الخطر

قال الله تعالى : ﴿ إذا الشمس كورت . وإذا السماء انفطرت ﴾ ويقال الرطب إذا اشتد الحر والبرد إذا جاء الشتاء والشرط ما هو على خطر الوجود فعرفنا انه للوقت حقيقة فعند عدم النية يحمل اللفظ على حقيقته ألا ترى أنه لو قال لامرأته إذا شئت فأنت طالق لم يخرج الأمر من يدها بقيامها عن المجلس بمنزلة قوله متى شئت بخلاف قوله إن شئت وأبو حنيفة – رحمه الله تعالى يقول إذا قد تكون للشرط حقيقة يقول الرجل إذا زرتني زرتك وإذا أكرمتني أكرمتك دل عليه قول القائل شعر

استغن ما أغناك ربك بالغنى ... وإذا تصبك حصاصة فتحمل

معناه وإن تصبك فعند عدم النية هنا أن حمل على معنى الشرط لم يقع الطلاق حتى يموت أحدهما وإن جعل بمعنى متى طلقت في الحال وقد عرفنا أن الطلاق غير واقع فلا نوقعه بالشك ولهذا قلنا في مسألة المشيئة لا يخرج الأمر من يدها

بقيامها عن المجلس لأنا إن جعلنا إذا بمعنى الشرط خرج الأمر من يدها وإن جعلناها بمعنى متى لم يخرج الأمر من يدها وقد عرفنا كون الأمر في يدها بيقين فلا نخرجه من يدها بالشك

وفي الكتاب قال ألا ترى أنه لو قال إذا سكت عن طلاقك فأنت طالق تطلق كما سكت وهذا لا حجة فيه لأنه لو قال إن سكت وإن قال كلما لم أطلقك فأنت طالق وقد دخل بها ثم سكت فهي طالق ثلاثا يتبع بعضها بعضا لأنه أضاف الطلاق إلى وقت لا يطلقها فيه بكلمة كلما وعقيب سكوته يوجد ثلاثة أوقات بهذه الصفة بعضها على أثر البعض فتطلق ثلاثا بطريق الإتباع ولا يقعن معا حتى إذا لم يكن دخل بها لا يقع إلا واحدة

وإن قال متى ما لم أطلقك واحدة فأنت طالق ثلاثا ثم قال موصلا بكلامه أنت طالق واحدة فقد بر في يمينه استحسانا ولا يقع عليها إلا واحدة وفي القياس تطلق ثلاثا وهو قول زفر - رحمه الله تعالى - لأنه آلى أن يفرغ من قوله أنت طالق واحدة يوجد وقت موصوف بأنه لم يطلقها فيه وإن لطف وذلك يكفي شرطا للحنث ولكن استحسن فقال : البر مراد الحالف ولا يتأتى له البر إلا بعد أن يجعل هذا القدر مستثنى وما لا يستطاع الامتناع عنه يجعل عفوا

وأصل المسألة فيما إذا قال : إن ركبت هذه الدابة وهو راكبها فأخذ في النزول في الحال ولو سكت ساعة ثم قال : أنت طالق واحدة فقد طلقت ثلاثا قبل قوله واحدة وهذا لأن السكوت فيما بين الكلامين يستطاع الامتناع عنه وعلى هذا لو قال ما لم أقم من مقعدي هذا فأنت طالق إن قام كما سكت لم تطلق استحسانا وإن سكت هنيهة طلقت ولو قال أنت طالق حين لم أطلقك ولا نية له فهي طالق كما سكت لأن حرف لم عبارة عن الماضي وقد مضى حين لم يطلقها فيه فكان الوقت المضاف إليه الطلاق موجودا كما سكت وكذلك لو قال زمان لم أطلقك أو يوم لم أطلقك أو حيث لم أطلقك لأن حرف حيث عبارة عن المكان وكم من مكان لم يطلقها فيه ولو قال حين لا أطلقك لا تطلق في الحال لأن حرف لا للاستقبال وإن نوى بحين وقتا يسيرا أو طويلا تعمل نيته وإن لم يكن له نية فهو على ستة أشهر فما لم تمض ستة أشهر بعد يمينه لا تطلق لأن حين تستعمل بمعنى ساعة قال الله تعالى : ﴿ حين تمسون وحين تصبحون ﴾ أي وقت الصباح والمساء وتستعمل بمعنى قيام الساعة قال الله تعالى : ﴿ تمتعوا حتى حين ﴾ وتستعمل بمعنى أربعين سنة قال الله تعالى : ﴿ هل أتى على الإنسان حين من الدهر ﴾ وتستعمل بمعنى ستة أشهر قال الله تعالى : ﴿ تؤتي أكلها كل حين ﴾ فإذا نوى شيئا كان المنوي من محتملات لفظه وإن لم ينو شيئا كان على ستة أشهر هكذا

قال ابن عباس - رضي الله عنهما - حين سئل عمن حلف لا يكلم فلانا حينا قال هو على ستة أشهر فإن النخلة يدرك ثمرها في ستة أشهر وقال الله تعالى : ﴿ تؤتي أكلها كل حين ﴾ ولأنه متى أراد به ساعة لا يستعمل فيه لفظ الحين عادة ومتى أراد به أربعين سنة أو قيام الساعة استعمل فيه لفظ الأبد فتعيين ستة أشهر مرادا به وكذلك لو قال زمان لا أطلقك فإن لفظة حين وزمان يستعملان استعمالا واحدا يقول الرجل لغيره لم ألقك منذ حين ولم ألقك منذ زمن ولو قال يوم لا أطلقك فإذا مضى بعد يمينه يوم لم يطلقها فيه طلقت حتى إذا قال هذا قبل طلوع الفجر فكما غربت الشمس تطلق لأن اليوم من طلوع الفجر إلى غروب الشمس حتى يقدر الصوم بالامساك فيه

(قال) وإذا قال يوم أدخل دار فلان فامرأته طالق ولا نية له فدخلها ليلا أو نهارا طلقت لأن اليوم يستعمل بمعنى الوقت قال الله تعالى : ﴿ ومن يولهم يومئذ دبره ﴾ ومن فر من الزحف ليلا أو نهارا يلحقه هذا الوعيد والرجل يقول انتظر

يوم فلان أي وقت إقباله أو إدباره فإذا قرن بما لا يختص بأحد الوقتين ولا يكون ممتدا كان بمعنى الوقت كالطلاق وإذا قرن بما يختص بأحد الوقتين كالصوم كان بمعنى بياض النهار وكذلك إذا قرن بما يكون ممتدا كقوله لامرأته أمرك بيدك يوم يقدم فلان على ما نبينه إن شاء الله تعالى

وإذا قال في الطلاق نويت النهار دون الليل فهو مصدق في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه وهي حقيقة مستعملة فيجب تصديقه في ذلك وإن قال ليلة أدخلها فأنت طالق فدخل نهارا لم تطلق لأن الليل اسم خاص لسواد الليل وهو ضد النهار ولا يصح أن ينوى بالشيء ضده وإن قال أنت طالق إلى حين أو زمان أو إلى قريب فإن نوى فيه شيئا فهو على ما نوى من الأجل لأن الدنيا كلها قريب فالمنوي من محتملات لفظه وإن لم يكن له نية ففي الحين والزمان هي إلى ستة أشهر وفي القريب إلى مضي ما دون الشهر حتى إذا مضى من وقت يمينه شهر إلا يوم طلقت لأن القريب عاجل والشهر فما فوقه آجل وما دون الشهر عاجل حتى إذا حلف ليقضين حقه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه والعاجل ما يكون قريبا

ولو قال أنت طالق إلى شهر فإن نوى وقوع الطلاق عليها في الحال طلقت ولغي قوله إلى شهر لأن الواقع من الطلاق لا يحتمل الأجل وإن لم ينو ذلك لم تطلق إلا بعد مضي شهر عندنا

وقال زفر – رحمه الله تعالى – تطلق في الحال وهو رواية عن أبي يوسف – رحمه الله تعالى – لأن قوله إلى شهر لبيان الأجل والأجل في الشيء لا ينفي ثبوت أصله بل لا يكون إلا بعد أصله كالأجل في الدين لا يكون إلا بعد وجوب الدين فكذلك ذكر الأجل هنا فيما أوقعه لا ينفي الوقوع في الحال ولكن يلغوا الأجل لأن الواقع من الطلاق لا يحتمل ذلك وأصحابنا – رحمهم الله تعالى – يقولون الواقع لا يحتمل الأجل ولكن الإيقاع يحتمل ذلك لأن عمله في التأخير والإيقاع يحتمل التأخير ولو جعلنا حرف إلى داخلا على أصل الإيقاع كان عاملا في تأخير الوقوع ولو جعلناه داخلا على الحكم كان لغوا وكلام العاقل محمول على الصحة مهما أمكن تصحيحه لا يجوز إلغاؤه فجعلناه داخلا على أصل الإيقاع وقلنا بتأخير الوقوع إلى ما بعد الشهر كأنه قال أنت طالق بعد مضي شهر وإن قال أنت طالق غدا تطلق كما طلع الفجر من الغد لوجود الوقت المضاف إليه الطلاق وإن قال عنيت به آخر النهار لم يدين به في القضاء ويدين فيما بينه ولبن الله تعالى لأنه نوى التخصيص في لفظ العلوم فإنه وصفها بالطلاق في جميع الغد وإنما يكون ذلك إذا وقعت في أول جزء منه فإذا نوى الوقوع في آخر جزء من الغد فنيته التخصيص في العموم صحيحة فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال لا آكل الطعام ونوى طعاما دون طعام وإن قال أنت طالق في غد طلقت كما طلع الفجر أيضا فإن قال عنيت به آخر النهار صدق في القضاء عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – ولم يصدق عندهما ذكر الخلاف في الجامع الصغير فهما سويا بين قوله غد وبين قوله في غد لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد فإذا عنى جزءا خاصا منه كان هذا كنية التخصيص في لفظ العموم

وأبو حنيفة – رحمه الله تعالى – يفرق بينهما فيقول حرف في للظرف والظرف قد يشغل جميع المظروف وقد يشغل جزءا منه لأنه إذا قيل في الجوالق حنطة لا يفهم منه أن يكون مملوءا من الحنطة فإذا ذكر بين الوصف والوقت حرف الظرف كان كلامه محتملا بين أن يكون موصوفة بالطلاق في جميع الغد أو في جزء منه والنية في الكلام المحتمل صحيحة في القضاء

والوقت إنما يكون ظرفا للطلاق على أن يكون واقعا فيه لا أن يكون شاغلا له والوقوع يكون في جزء من الوقت فكان هذا أقرب إلى حقيقة معنى الظرف وإذا قال غدا فلم يدخل بين الوصف والوقت حرف الظرف فكان حقيقته الوصف لها بالطلاق في جميع الغد فلهذا لا تعمل نيته في التخصيص في القضاء ولو قال أنت طالق في رمضان ولا نية له فهي طالق حين تغيب الشمس من آخر يوم من شعبان لأنه كما رأى الهلال فقد وجد جزء من رمضان وذلك يكفي للوقوع وإن قال نويت آخر رمضان فهو على الخلاف الذي بينا وإن قال أنت طالق اليوم غدا فهي طالق اليوم لأنه ذكر وقتين غير معطوف أحدهما على الآخر وفي مثله الوقوع في أول الوقتين ذكرا وهو اليوم ولو قال غدا اليوم طلقت غدا وهذا لأن قوله أنت طالق اليوم تنجيز وقوله غدا إضافة إلى وقت منتظر والمنجز لا يحتمل الإضافة فكان قوله : غدا لغوا وإذا قال أولا غدا كان هذا إضافة الطلاق إلى وقت منتظر فلو نجز بذكره اليوم لم يبق مضافا وقوله اليوم ليس بناسخ لحكم أول كلامه فكان لغوا وإن قال اليوم وغدا طلقت للحال واحدة لا تطلق غيرها لأن العطف للاشتراك فقد وصفها بالطلاق في الوقتين وهي بالتطليقة الواحدة تتصف بالطلاق في الوقتين جميعا وإن قال غدا واليوم تطلق واحدة اليوم عندنا والأخرى غدا لأنه عطف الجملة الناقصة على الجملة الكاملة فالخبر المذكور في الجملة الكاملة يصير معادا في الجملة الناقصةفإن العطف للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه في الخبر فكأنه قال وأنت طالق اليوم

وعن زفر – رحمه الله تعالى – أنها لا تطلق إلا واحدة لأن صيغة كلامه وصف وهي بالتطليقة الواحدة تتصف

بأنها طالق في الوقتين جميعا وإن قال أنت طالق الساعة غدا طلقت للحال وكان قوله غدا حشوا لما قلنا فإن قال عنيت تلك الساعة من الغد لم يصدق في القضاء لأن ظاهر كلامه تنجيز وهو يريد بنيته صرف الكلام عن ظاهره فلا يدين في القضاء وهو يدين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال كلامه المنوي

وإن كان خلاف الظاهر والله تعالى مطلع على ضميره وإن قال أنت طالق اليوم إذا جاء غد فهي طالق حين يطلع الفجر لأن قوله إذا جاء غد تعليق الشرط وبذكر الشرط موصولا بكلامه يخرج كلامه من أن يكون تنجيزا كما لو قال أنت طالق اليوم إذا كلمت فلانا أو إن كلمت فلانا لم تطلق قبل الكلام ويتبين بذكر الشرط أن قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع لخلاف قوله اليوم غدا فإن هذا ليس بذكر الشرط فبقي قوله اليوم بيانا لوقت الوقوع وإن قال أنت طالق رمضان وشوال كانت طالقا أول ليلة من رمضان لأنه أضاف الطلاق إلى وقتين فيقع عند أول الوقتين ذكرا وإن قال أنت طالق في رمضان فهو على أول رمضان يجيء وهو الظاهر المعلوم بالعادة من كلامه كما لو ذكر الأجل في اليمين إلى رمضان أو أجر داره إلى رمضان فإن قال عنيت الثاني لم يصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر ولأنه في معنى تخصيص العموم لأن موجب كلامه أن تكون موصوفة بالطلاق في كل رمضان يجيء بعد يمينه فإذا عين البعض دون البعض كان هذا تخصيصا لعموم وتخصيص العموم بالنية صحيح فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء

وكذلك قوله أنت طالق يوم السبت فهو على أول سبت فإن قال عنيت الثاني لم يصدق في القضاء وإن قال طالق بمكة أو في مكة طلقت في الحال لأنه وصفها بالطلاق في مكان موجود والطلاق لا يختص بمكان دنو مكان ولكن إذا وقع عليها في مكان تتصف به في الأمكنة كلها فإن قال عنيت به إذا أتيت مكة لم يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه ذكر المكان وعبر به عن الفعل الموجود فيه وذلك نوع من المجاز مخالف للحقيقة والظاهر فلا يدين في

القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وكذلك قوله أنت طالق في ثوب كذا وعليها غيره طلقت لأن وصفه إياها بالطلاق لا يختص بثوب دون ثوب فإن قال عنيت به إذا لبست ذلك الثوب دين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه جعل ذكر الثوب كناية عن فعل اللبس فيه وهو نوع من المجاز وكذلك قوله في الدار أو في البيت أو في الظل أو في الشمس وإن قال في ذهابك إلى مكة أو في دخول الدار أو في لبسك ثوب كذا لم تطلق حتى تفعل ذلك لأن حرف في للظرف والفعل لا يصلح ظرفا للطلاق على أن يكون شاغلا له فيحمل على معنى الشرط لأن المظروف يسبق الظرف كما أن الشرط يسبق الجزاء ويجعل حرف في بمعنى مع قال الله تعالى : ﴿ فادخلي في عبادي ﴾ أي مع عبادي ويقال دخل الأمير البلدة في جنده أي معهم ولو قال أنت طالق مع دخولك الدار لم تطلق حتى تدخل فهذا مثله بخلاف قوله في الدار لأنه لو قال مع الدار طلقت لأنه قرن الطلاق بما هو موجود وإن قال أنت طالق وأنت تصلين طلقت للحال لأن قوله وأنت تصلين ابتداء فإن قال عنيت إذا صليت لم يصدق في القضاء لأن الشرط لا يعطف على الجزاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لأن هذا اللفظ يذكر بمعنى الحال تقول دخلت الدار على فلان وهو يفعل كذا أي في تلك الحالة فيكون معنى هذا أنت طالق في حال اشتغالك بالصلاة فيدين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال لفظه ما نوى وكذلك لو قال أنت طالق مصلية في القضاء تطلق في الحال وإن قال عنيت إذا صليت دين فيما بينه وبين الله تعالى لمعنى الحال وأهل النحو يقولون إن قال مصلية بالرفع لا يدين فيما بينه وبين الله تعالى وإن قال مصلية بالنصب حينئذ يدين في القضاء أيضا وهو نصب على الحال وهذا ظاهر عند أهل النحو وهو نصب على الحال وعند الفقهاء يدين فيما بينه وبين الله تعالى وإن قال أنت طالق في مرضك أو في وجعك لم تطلق حتى يكون منها ذلك الفعل إما لأن حرف في معني مع أو لأن المرض والوجع لما لم يصلح ظرفا حمل على معنى الشرط مجازا لتصحيح كلام العاقل وإن قال أنت طالق قبل قدوم فلان بشهر فقدم فلان قبل تمام الشهر لم تطلق لأنه أضاف الطلاق إلى وقت منتظر وهو أول شهر يتصل بآخره قدوم فلان فيراعى وجود هذا الوقت بعد اليمين ولم يوجد

وكذلك لو قال أنت طالق قبل موت فلان بشهر فمات فلان قبل تمام الشهر لم تطلق بخلاف ما لو قال لها في النصف من شعبان أنت طالق قبل رمضان بشهر تطلق في الحال لأنه أضاف الطلاق إلى وقت قد تيقن مضيه فيكون ذلك تنجيزا منه كقوله أنت طالق أمس

فأما إذا قدم فلان أو مات لتمام الشهر فعلى قول زفر – رحمه الله تعالى – في الفصلين جميعا يقع الطلاق من أول الشهر حتى تعتبر العدة من ذلك الوقت ولو كان وطئها في الشهر صار مراجعا في الطلاق الرجعي وفي البائن يلزمه مهر بالوطء

وعند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – يقع الطلاق مقصورا على حالة القدوم والموت حتى تعتبر العدة في الحال ولا يصير مراجعا بالوطء في الشهر ولا يلزمه به مهر

وقال أبو حنيفة – رحمه الله تعالى – في القدوم الجواب كما قالا وفي الموت الجواب كما قال زفر – رحمه الله تعالى – وجه قول زفر – رحمه الله تعالى – أن وقوع الطلاق بإيقاعه إنما يقع في الوقت الذي أوقعه وإنما أوقعه في أول شهر يتصل بآخره قدوم فلان أو موته فيقع في ذلك الوقت وقد وجد ذلك الوقت بعد اليمين ولكن لم يكن معلوما لنا ما لم يوجد

القدوم والموت فإذا صار معلوما لناتبين أنه كان واقعا كما لو قال لها إذا حضت فأنت طالق فرأت الدم لا يحكم بوقوع الطلاق حتى يستمر بها ثلاثة أيام ثم يتبين أنه كان واقعا عند رؤية الدم وكذلك إذا قال إن كان في بطنك غلام فأنت طالق لا يحكم بالوقوع حتى تلد فإذا ولدت غلاما تبين أن الطلاق كان واقعا والدليل عليه أنه لو أوقع عند مضي شهر بعد القدوم أو الموت لا يقع إلا في ذلك الوقت فكذلك إذا أوقع قبله بشهر ولو قال لأجنبية أنت طالق قبل أن أتزوجك بشهر ثم تزوجها بعد شهر لم تطلق ولو انتصب التزوج شرطا وكان أوان الوقوع بعده لطلقت

وأبو يوسف ومحمد – رحمهم الله تعالى – قالا وقوع الطلاق توقف بكلامه على وجود القدوم والموت وإنما يتوقف على وجود الشرط فعرفنا أنه شرط معني والجزاء يتأخر عن الشرط ثم هذا في القدوم واضح لأنه على خطر الوجود وفي الشرط معني الخطر والموت وإن كان كائنا لا محالة ولكن مضى الشهر بعد كلامه قبل الموت لم يكن كائنا عند يمينه لا محالة ولهذا قال لو مات قبل تمام الشهر لم تطلق ولأن الموت قد يتقدم وقد يتأخر فكل شهر يمضي بعد يمينه لا يعلم أنه الوقت المضاف إليه الطلاق ما لم يتصل الموت بآخره لجواز أن يتأخر عنه كما في القدوم لا يعلم ذلك لجواز أن لا يقدم أصلا فكان هذا في معنى الشرط أيضا بخلاف قوله أنت طالق قبل أن أتزوجك بشهر فإن الإضافة هنا لغو أصلا لأنه غير مالك للطلاق في الوقت الذي أضاف إليه واعتبار معنى الشرط بعد صحة الإضافة

وفي مسألة الحيض الشرط يوجد برؤية قطرة من الدم ولكن لا يحكم بالطلاق لجواز أن ينقطع قبل تمام الثلاث فلم يكن وقوع الطلاق هناك موقوفا على وجود أمر منتظر كذلك في مسألة الحبل كلامه تنجيز للطلاق لأن التعليق بما هو موجود يكون تنجيزا فلم يكن الوقوع موقوفا على أمر منتظر ولكنا لا نحكم به قبل الولادة لعدم علمنا به فلم يكن في معنى الشرط والفرق لأبي حنيفة – رحمه الله تعالى – ما أشار إليه في الكتاب فقال : إن موت فلان حق كائن وقدومه لا يدرى أيكون أو لا يكون وتقريره من وجهين

(يتبع . . .) ." (١)

" (تابع . . . ١) : (قال) (رضي الله عنه رجل قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق ثلاثا

(أحدهما) أن الشيء إنما يتصف بكونه شرطا بذكر حرف الشرط فيه أو وجود معنى الشرط ولم يذكر حرف الشرط في الفصلين ولكن وجد معنى الشرط في مسألة القدوم لأن وجوده على خطر وهو مما لا يصح الأمر به والنهي عنه وهذا معنى الشرط فإن الحالف يقصد بيمينه منع الشرط فإذا توقف وقوع الطلاق على وجوده وفيه معنى الشرط انتصب شرطا فأما الموت فلا خطر في وجوده بل هو كائن لا محالة ولا يصح الأمر به والنهي عنه فلم يكن قصده بهذا الكلام منع الموت وإذا لم يكن فيه معنى الشرط كان معرفا للوقت المضاف إليه فإنما يقع الطلاق من أول ذلك الوقت كما في قوله أنت طالق قبل رمضان بشهر يقع الطلاق في أول شعبان إلا أن هناك الوقت يصير معلوما قبل دخول رمضان وهنا لا يصير معلوما ما لم يمت فإذا صار معلوما لنا تبين أن الطلاق كان واقعا من أوله

---

(١) المبسوط، ٢١/٥

(الثاني) أنه أوقع الطلاق في أول شهر يتصل بآخره قدوم فلان أو موته وفي مسألة القدوم هذا الاتصال لا يقع أصلا إلا بعد القدوم لجواز أن يكون لا يقدم أصلا وبدون هذا الاتصال لا يقع الطلاق أصلا

أما في مسألة الموت هذا الاتصال ثابت قبل الموت لأن الموت كائن فيعلم يقينا أن في الشهور التي تأتي شهرا موصوفا بهذه الصفة ولكن لا يدري أي شهر ذاك فلا يحكم بالطلاق ما لم يصر معلوما لنا فإذا صار معلوما تبين أنه كلن واقعا من أول ذلك الوقت يقرره أن في مسألة الموت الوقت المضاف إليه يصير معلوما قبل حقيقة الموت لأنه لما أشرف على الهلاك صار الوقت المضاف إليه معلوما فلهذا لا يتأخر الطلاق على الموت وفي مسألة القدوم لا يصير الوقت معلوما ما لم يوجد حقيقة القدوم لجواز أن لا يقدم فلهذا تأخر الطلاق عنه

وإن قال أنت طالق ثلاثا قبل موتك بشهر فماتت قبل مضي الشهر لم تطلق لأنه لم يوجد الوقت المضاف إليه بعد اليمين فإن ماتت بعد تمام الشهر فعند أبو يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – لا يقع الطلاق لأنه لو وقع وقع بعد موتها والطلاق لا يقع عليها بعد الموت

وعند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى يقع من أول الشهر فلا ميراث له منها وإن كان جامعها في الشهر فعليه مهر آخر لها لأنه تبين أنه جامعها بعد وقوع التطليقات الثلاث عليها وكذلك لو قتلت أو غرقت فهذا موت وإن كان بسبب مخصوص وكذلك لو قال أنت طالق ثلاثا قبل موتي بشهر ثم مات لتمام الشهر عندهما لا تطلق لأنه لو وقع وقع بعد موته

وعند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – يتبين وقوع الطلاق من أول الشهر حتى إذا كان صحيحا في ذلك الوقت فلا ميراث لها منه وعليها العدة بثلاث حيض وإن قال أنت طالق قبل الأضحى بتسعة أيام فهي طالق حين ينسلخ ذي القعدة لعلمنا بوجود الوقت المضاف إليه الطلاق

وإن قال أنت طالق قبل موت فلان وفلان بشهر فمات أحدهما قبل تمام الشهر لم تطلق لأن الوقت المضاف إليه بعد يمينه لم يوجد فإن مات احدهما بعد تمام الشهر طلقت عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – استحسانا مستندا إلى أول الشهروعندهما طلقت في الحال بخلاف لو قال لها أنت طالق قبل قدوم فلان وفلان بشهر فقدم أحدهما بعد تمام الشهر لم تطلق حتى يقدم الآخر وبهذا يتضح فرق أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – أن القدوم ينتصب شرطا والموت لا ينتصب ووجه الفرق أنه أوقع الطلاق في وقت موصوف بأنه قبل قدومهما بشهر وذلك لا يصير معلوما بقدوم أحدهما لجواز أن لا يقدم الآخر أصلا فأما في الموت يصير ذلك الوقت معلوما بموت أحدهما لأن موت الآخر كائن لا محالة

وقد طعن بعض مشايخنا – رحمهم الله تعالى – في هذا وقالوا ينبغي أن لا يقع الطلاق لموت أحدهما فإن الوقت إنما يصير موصوفا بأنه قبل موتهما بشهر إذا ماتا معا فأما إذا مات أحدهما وبقي الآخر زمانا فأول هذا الشهر موصوف بأنه قبل موت أحدهما بشهر وقبل موت الآخر بسنة ولكنا نقول موتهما معا نادر والظاهر أن المتكلم لا بقصد ذلك وإذا مات أحدهما بعد تمام الشهر فأول هذا الشهر موصوف بأنه قبل موتهما بشهر في عرف اللسان كما يقال رمضان قبل الفطر والأضحى بشهر وإن كان قبل الأضحى بثلاثة أشهر وأكثر

(قال) ولو قال أنت طالق الساعة إن كان في علم الله تعالى أن فلانا يقدم إلى شهر فقدم فلان لتمام الشهر طلقت بعد القدوم وهو دليل لهما على أبي حنيفة – رحمه اله تعالى – لأن علم الله تعالى محيط بالأشياء كلها كما أن الموت

كائن لا محالة ولكنا نقول معنى هذا الكلام إن قدم فلان إلى شهر لأن علم الله تعالى لا طريق للحالف إلى معرفته وإنما تنبني الأحكام على ما يكون لنا طريق إلى معرفته فكأنه قال إن قدم فلان إلى شهر فلهذا تأخر الوقوع إلى القدوم ولو قال لامرأتيه أطولكما حياة طالق الساعة لم يقع الطلاق حتى تموت إحداهما لأن المراد طول الحياة في للمستقبل لا في الماضي حتى إذا كانت إحداهما بنت عشر سنين والأخرى بنت ستين سنة لم تطلق العجوز فعرفنا أن طول الحياة في المستقبل مراد وذلك غير معلوم لجواز أن يموتا معا فإن ماتت إحداهما طلقت الأخرى في الحال عندنا

وعند زفر – رحمه الله تعالى – طلقت من حين تكلم الزوج لأنه تبين أنها كانت أطولهما حياة وأن الزوج علق الطلاق بشرط موجود ولكنا نقول معنى كلام الزوج التي تبقى منكما بعد موت الأخرى طالق وذلك غير معلوم قبل موت إحداهما بل هو على خطر الوجود لجواز أن يموتا معا فلهذا انتصب شرطا

(قال) ولو قال يا زينب فأجابته عمرة فقال أنت طالق ثلاثا طلقت التي أجابته لأنه أتبع الإيقاع الجواب فيصير مخاطبا للمجيبة وإن قال أردت زينب قلنا تطلق زينب بقصده ولكنه لا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره فتطلق عمرة أيضا بالظاهر كما لو قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم تطلق فإن قال لي امرأة أخرى بهذا الاسم تزوجتها سرا وإياها عنيت قلنا تطلق تلك بنيته والمعروفة بالظاهر ولو قال يا زينب أنت طالق ولم يجبه أحد طلقت زينب لأنه أتبع الإيقاع النداء فيكون خطابا للمنادى وهي زينب وإن قال لامرأته يشير إليها يا زينب أنت طالق فإذا هي عمرة طلقت عمرة إن كانت امرأته وإن لم تكن امرأته لم تطلق زينب لأن التعريف بالإشارة أبلغ من التعريف بالاسم فإن التعريف بالإشارة يقطع الشركة من كل وجه وبالاسم لا فكان هذا أقوى ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوي فكان هو مخاطبا بالإيقاع لمن أشار إليها خاصة وإن قال يا زينب أنت طالق ولم يشر إلى شيء غير أنه رأى شخصا فظنها زينب وهي غيرها طلقت زينب في القضاء لأنه بنى الإيقاع على التعريف بالاسم هنا فإنما يقع على المسماة ولا معتبر بظنه لأن التعريف لا يحصل به في الظاهر والقاضي مأمور باتباع الظاهر فأما فيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق هي ولا الأخرى لأنه عناها بقلبه والله تعالى مطلع على ما في ضميره فيمنع ذلك الإيقاع على زينب التي لم يعنها بقلبه وعلى التي عناها بقلبه لأنه لم يخاطبها بلسانه حين أتبع الخطاب النداء

وإن قال أنت طالق هكذا وأشار بإصبع واحدة فهي طالق واحدة وإن أشار بإصبعين فهي طالق اثنتين وإن أشار بثلاثة أصابع فهي طالق ثلاثا لأن الإشارة بالأصابع بمنزلة التصريح بالعدد بدليل قوله – صلى الله عليه و سلم – : (الشهر هكذا وهكذا وهكذا وخنس إبهامه في الثالثة) فيكون ذلك بيانا أن الشهر تسع وعشرون يوما ثم الأصل في هذه الإشارة أنها تقع بالأصابع المنشورة لا بالأصابع المعقودة والعرف دليل على هذا وكذلك الشرع فإن النبي – صلى الله عليه و سلم – لما خنس إبهامه في الثالثة كان الاعتبار بما نشر من الأصابع دون ما عقد حتى لو قال عنيت الإشارة بالإصبعين اللتين عقدت لم يدين في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لكون ما قال محتملا وكذلك إذا قال عنيت الإشارة بالكف دون الأصابع دين فيما بينه وبين الله تعالى لكونه محتملا ولا يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر فتطلق ثلاثا

وبعض المتاخرين يقولون إن جعل ظهر الكف إليها والأصابع المنشورة إلى نفسه دين في القضاء وإن جعل الأصابع المنشورة إليها لم يدين في القضاء وإذا أشار بأصابعه فقال أنت طالق ولم يقل هكذا فهي واحدة لأن كلامه لا يتصل بإشارته إلا بقوله هكذا فإذا لم يقل كان وجود الإشارة كعدمها فتطلق واحدة لقوله أنت طالق وإن قال أنت طالق وهو يريد أن يقول ثلاثا فأمسك رجل على فيه فلم يقل شيئا بعد ذكر الطلاق فهي طالق واحدة لأن الوقوع بلفظه لا بقصده وهو ما تلفظ إلا بقوله أنت طالق وكذلك لو مات الرجل بعد قوله أنت طالق قبل قوله ثلاثا فهي طالق واحدة بخلاف ما إذا ماتت المرأة بعد قوله أنت طالق قبل قوله ثلاثا فإنها لا تطلق شيئا لأن الزوج وصل لفظ الطلاق بذكر العدد فيكون العامل هو العدد

ألا ترى أنه لو قال لها قبل الدخول أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا لأن ذكر العدد حصل بعد موتها فأما إذا مات الرجل فلفظ الطلاق هنا لم يتصل بذكر العدد فبقي قوله أنت طالق ولو قال أنت طالق أنت طالق فماتت المرأة قبل ذكر الثانية طلقت واحدة لما قلنا أن كلامه هنا إيقاع عامل في الوقوع فإنما يقع ما صادفها وهي حية دون ما صادفها بعد الموت

وإن قال لها أنت طالق أنت طالق إن دخلت الدار فماتت قبل فراغه من الكلام لم يقع عليها شيء لأن الكلام المعطوف بعضه على بعض إذا اتصل الشرط بآخره يخرج من أن يكون إيقاعا كما إذا اتصل الإستثناء به وقد تحقق اتصال الشرط بالكلام بعد موتها

وإن قال إحدى امرأتي طالق ثلاثا ولا نية له فذلك إليه يوقعها على أيتهما شاء فإن إيجاب الطلاق في المجهول صحيح بخلاف ما يقوله نفاة القياس وحجتنا عليهم الحديث : (كل طلاق جائز) ثم الأصل أن الإيجاب في المجهول يصح فيما يحتمل التعليق بالشرط لأنه كالمعلق بخطر البيان في حق العين ولأن ما هو مبني على الضيق وهو البيع يصح إيجابه في المجهول إذا كان لا يؤدي إلى المنازعة وهو ما إذا باع قفيزا من صبرة ففيما يكون مبنيا على السعة لأن يصح إيجابه في المجهول كان أولى وهذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة هنا لأن الزوج ينفرد بالبيان كما ينفرد بالإيقاع فإن قال أردت هذه حين تكلمت فالقول قوله لأنه مالك للإيقاع عليها فيصح بيانه أيضا وما في ضميره لا يوقف عليه إلا من جهته فيقبل قوله فيه وإن قال ما نويت واحدة بعينها يقال له أوقع الآن على أيتهما شئت لأن الإيقاع الأول كان على منكر وأحكام الطلاق تتقرر في المنكر فلا بد من تعيينه فلهذا يقال له أوقع على أيتهما شئت وإن ماتت إحداهما قبل أن يبين طلقت الباقية لأنه إنما كان لا يتبين قبل الموت في إحداهما لمزاحمة الأخرى معها وقد زالت بالموت فإن التي ماتت خرجت من أن تكون محلا للطلاق وتعيين الطلاق المبهم في حق العين كابتداء الإيقاع فإذا خرجت إحداهما من أن تكون محلا للطلاق تعينت الأخرى وإن قال عنيت الميتة حين تكلمت صدق في حق نفسه حتى يبطل ميراثه عنها ولا يصدق على إيطال الطلاق عن الحية لأن الطلاق تعين فيها شرعا فلا يملك صرف الطلاق عنها بقوله

(قال) وإن كان له أربع نسوة فاطلعت إحداهن فقال الزوج التي اطلعت طالق ثلاثا ثم لم يعلم أيتهن هي وقد علم الزوج أنها كانت إحداهن فليس له أن يقرب واحدة منهن حتى يعلم المطلقة منهن لأن الوقوع هنا على المعينة ابتداء فتثبت به الحرمة ولا طريق إلى التحري في هذا الباب لأن التحري إنما يجوز فيما يحل تناوله بالضرورة وذلك لا يوجد في الفرج وليس له البيان بالإيقاع ابتداء لأن الإيقاع على المعينة هنا وقد تم بخلاف الأولى ولأن الإبهام ليس من جهته بل باختلاط المطلقة

بغيرها بخلاف الأولى فالإبهام هناك منه فكان البيان إليه ولكن ينبغي له فيما بينه وبين الله تعالى أن يطلق كل واحدة منهن واحدة ويتركهن حتى يبن ولا يتزوج شيئا منهن حتى يعلم أيتهن صاحبة الثلاث لأن الأخذ بالاحتياط في باب الفرج واجب شرعا والاحتياط في هذا

(قال) فإن تزوج واحدة منهن قبل أن تعلم فخاصمته في الطلاق يحلف لها لأنها تزعم أنها المطلقة ثلاثا والزوج منكر لذلك ولو كانت الخصومة منها قبل أن يطلقها كان يحلف لها فكذلك بعده فإن حلف أمسكها لأنا عرفناها في الأصل غير مطلقة ثلاثا فحين حلف بقي الأمر في الحكم على ما كان معلوما لنا قبل هذا وكذلك إن تزوج اثنتين أو ثلاثا فإن لم تعلم وتزوجن بأزواج غيره ودخل بهن أزواجهن ثم فارقوهن نكح أيتهن شاء لأنا تيقنا أن المطلقة ثلاثا منهن قد حلت له بإصابة الزوج الثاني فكان له أن ينكح من شاء منهن وإن ادعت كل واحدة منهن أنها المطلقة ولا بينة لها وجحد الزوج يحلف لكل واحدة منهن بالله تعالى ما هي المطلقة ثلاثا لأن كل واحدة تدعي عليه ما لو أقر به لزمه فإن حلف لهن جميعا بقي الأمر على ما كان لأنا تيقنا مجازفته في هذه الأيمان فإن المطلقة فيهن واليمين الكاذبة لا ترفع الحرمة

وعن محمد أنه قال إذا حلف لثلاث منهن تعينت للطلاق الرابعة ولا يحلف لها وإن أبى أن يحلف لهن فرق بينه وبينهن بثلاث تطليقات لأن نكوله في حق كل واحدة منهن بمنزلة إقراره أنها المطلقة ثلاث

(قال) وإن قال لنسوة له أيتكن أكلت من هذا الطعام فهي طالق فأكلنه طلقن جميعا لأن كلمة أي تتناول كل واحدة من المخاطبين على الإنفراد قال الله تعالى : ﴿ ليبلوكم أيكم أحسن عملا ﴾ وقال تعالى : ﴿ أيكم يأتيني بعرشها ﴾ وحرف من للتبعيض فصار معلقا طلاق كل واحدة منهن بتناولها شيئا من الطعام وقد وجد في حقهن جميعا وكذلك لو قال أيتكن دخلت هذه الدار فدخلنها طلقن لوجود الشرط من كل واحدة منهن وكذلك لو قال أيتكن شاءت فهي طالق فشئن جميعا ولو قا أيتكن بشرتني بكذا فهي طالق فبشرنه جميعا معا طلقن لوجود الشرط من كل واحدة منهن وإن بشرته واحدة بعد أخرى طلقت الأولى وحدها لأنها هي البشيرة فإن البشارة إسم لخبر سار صدق غاب عن المخبر علمه وفي الحقيقة كل خبر غاب عن المخبر به علمه إذا كان صدقا فهو بشارة قال الله تعالى : ﴿ فبشرهم بعذاب أليم ﴾ وإنما سمي هذا الخبر بشارة لتغير بشرة الوجه عند سماعه إلا أنه إذا كان محزنا يتغير إلى الصفرة وإن كان سارا - إلى الحمرة ولكن في العرف إنما يطلق هذا الإسم على الخبر السار وإنما وجد هذا في الأولى لأنها أخبرته بما غاب عنه علمه فأما الثانية أخبرته بما كان معلوما له فكانت مخبرة لا بشيرة ألا ترى أن النبي - صلى الله عليه و سلم - لما قال : (من أراد أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأ على قراءة ابن أم عبد) فاستبق أبو بكر وعمر - رضي الله عنهما - أن يخبراه فسبق أبو بكر - رضي الله عنه - فكان ابن مسعود - رضي الله عنه - يقول بعد ذلك بشرني به أبو بكر - رضي الله عنه - وأخبرني به عمر - رضي الله عنه

(قال) قال رجل لامرأته أنت طالق ملء الدار أو ملء الحب فإن نوى ثلاثا فثلاث وإلا فهي واحدة بائنة لأن الشيء يملأ الوعاء العظيمة في نفسه تارة ولكثرة عدده أخرى فإن نوى الثلاث علمنا أنه أراد به كثرة العدد فكأنه قال أنت طالق أكثر العدد وإن نوى واحدة فهي واحدة بائنة لأنه إنما أراد به الوصف بعظم التطليقة وذلك بأن يشتد حكمها وكذلك إن لم تكن له نية لأن في وقوع الواحدة يقينا وفي ما زاد عليه شكا وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائنة لأنه نوى مجرد

العدد وذلك لا يسع في هذا اللفظ وإن قال واحدة تملأ الدار فهي واحدة بائنة ولاتسع نية الثلاث هنا لأنه صرح بالواحدة فيبقى معنى الوصف بالعظم فتكون بائنة

وعن أبي يوسف – رحمه الله تعالى – أنها تكون رجعية لأنه وصف الطلاق بما لا يوصف به فكان لاغيا في وصفه كما لو قال تطليقة تصيح أو تطير كان هذا الوصف لغوا ثم المذهب عند أبي يوسف – رحمه الله تعالى – أنه متى صرح بلفظ العظم يكون الواقع بائنا سواء شبهها بعظيم أو صغير حتى إذا قال عظم الجبل أو عظم رأس الإبرة أو الخردلة تكون بائنة وإن لم توصف بالعظم ولكن قال مثل الجبل أو مثل رأس الإبرة تكون رجعية

وعند أبي حنيفة ومحمد – رحمهم الله تعالى – تكون بائنا وقال زفر – رحمه الله تعالى – إذا شبه التطليقة بما يكون عظيما عند الناس كالجبل تقع بائنة وإذا شبهها بما يكون حقيرا كالخردلة تكون رجعية وإذا قال أنت طالق واحدة عظيمة أو كبيرة أو شديدة أو طويلة أو عريضة فوصفها بشيء يشددها به فهي بائنة في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لما بينا أن مراده معنى الشدة عليها في حكمها وذلك في البائن لأنه لا ينفرد بالتدارك بخلاف الرجعي

وإن قال أنت طالق إلى الصين فهي واحدة رجعية لأنه لم يصفها بعظم ولا كبر إنما مدها إلى مكان والطلاق لا يحتمل ذلك نفسه ولا حكمه ولأنه بهذا اللفظ قصر حكم الطلاق لأنها إذا وقعت تكون واقعة من الشرق إلى الغرب فلا يثبت بهذا اللفظ زيادة شدة

ولو قال أنت طالق إلى الشتاء فهي طالق واحدة رجعية بعد الأجل كما في قوله إلى شهر وكذلك لو قال إلى الصيف ومعرفة دخول الشتاء بلبس أكثر الناس الفرو والثوب المحشو في ذلك الموضع ودخول الصيف بإلقاء أكثر الناس ذلك حتى يتعجب ممن يرى عليه بعد ذلك والربيع في آخر الشتاء قبل دخول الصيف إذا كان الناس بين لابس للمحشو وغير لابس لا يعيب بعضهم على بعض وكذلك الخريف في آخر الصيف قبل دخول الشتاء بهذه الصفة وقيل الربيع إذا نبت العشب والصيف إذا احترق العشب وجف والخريف إذا أخذ الناس في التأهب للشتاء والشتاء إذا اشتد البرد في كل موضع

(قال) ولو قال أنت طالق واحدة لا بل اثنتين فهي طالق ثلاثا إن كان دخل بها لأن كلمة لا بل لاستدراك الغلط بإقامة الثاني مقام الأول والرجوع عن الأول وهو لا يملك الرجوع عما أوقعه ولكنه يتمكن من إيقاع أخريين إذا كان قد دخل بها فتطلق ثلاثا لهذا وإن لم يكن دخل بها فهي واحدة لأنها بانت بالأولى لا إلى عدة فلا يقدر على الرجوع عنها ولا على إقامة الثنتين مقامها بإيقاعه لأنها ليست بمحل فلغى آخر كلامه وإن قال في المدخول بها نويت بالإثنتين تلك الواحدة وأخرى معها لم يدين في القضاء لأن الثنتين غير الواحدة من حيث الظاهر ولأن كلامه إيقاع مبتدأ فيما نص عليه ولكن فيما بينه وبين الله تعالى هو مدين لأن ما قاله محتمل

(قال) وإذا قال قد كنت طلقتك أمس واحدة لا بل اثنتين فهي طالق اثنتين استحسانا وفي القياس تطلق ثلاثا وهو قول زفر – رحمه الله – كما في الإيقاع لأن اثنتين غير الواحدة فرجوعه عن الإقرار بالواحدة باطل وإقراره بالثنتين صحيح وفي الاستحسان يقول الإقرار إخبار وهو مما يتكرر بخلاف الإيقاع والعادة الظاهرة إن في الإخبار بهذا اللفظ يراد تدارك الغلط بإثبات الزيادة على العدد الأول مع إعادتها فإن الرجل يقول حججت حجة لا بل حجتين يفهم من هذا

الإخبار حجتين وإذا قال سني ستون سنة لا بل سبعون يفهم من هذا الإخبار سبعين لا غير ومطلق الكلام محمول على المتعارف فلهذا تطلق اثنتين وإن قال فلانة طالق لا بل فلانة طلقتا لأنه ذكر الثانية ولم يذكر لها خبرا فيكون خبر الأولى خبرا لها فكأنه قال لا بل فلانة طالق وكذلك لو قال فلانة طالق ثلاثا لا بل فلانة أو قال بل فلانة تطلق كل واحدة ثلاثا وإن قال فلانة طالق ثلاثا لا بل فلانة طالق طلقت الأولى ثلاثا والثانية واحدة لأنه ذكر للثانية خبرا فوقع الاستغناء بذلك عن جعل الخبر الأول خبرا لها وإن قال فلانة طالق أو فلانة طلقت إحداهما لأنه موجب كلمة أو إذا دخلت بين اثنين إثبات أحد المذكورين بيانه في آية الكفارة فكأنه قال إحداهما طالق ومن يقول إن حرف أو للتشكيك فهو مخطئ في ذلك لأن التشكيك لا يكون مقصودا ليوضع له حرف ولكن حقيقته ما بينا أن موجبه إثبات أحد المذكورين

وكذلك لو قال أنت طالق واحدة أو اثنتين فالخيار إليه لأنه أدخل حرف أو بين عددين فيكون المراد أحدهما والبيان إليه ولو قال لها كلما حبلت فأنت طالق وكلما ولدت فأنت طالق فحبلت بعد هذا القول وولدت لأكثر من سنتين فقد وقع الطلاق عليها حين حبلت بالكلام الأول وانقضت العدة بالولادة فلا يقع به عليها شيء

فإن كان وطئها وهي حبلى فذلك منه رجعة ثم تطلق بالولادة تطليقة أخرى بالكلام الثاني وعليها العدة وهو أملك لرجعتها فإن حبلت وقعت الثالثة عليها بالكلام الأول لأن كلمة كلما تقتضي التكرار ثم تنقضي عجتها بالولادة لأنها معتدة وضعت جميع ما في بطنها

(قال) رجل قال لامرأة لا يملكها يوم أتزوجك فأنت طالق وأنت طالق وأنت طالق أو قال إن تزوجتك أو متى تزوجتك فأنت طالق وطالق وطالق ثم تزوجها تطلق واحدة في قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى

وعند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – تطلق ثلاثا حجتهما في ذلك أنه علق ثلاث تطليقات مجتمعات بشرط التزوج فيقعن عند وجود الشرط معا كما لو أخر الشرط فقال أنت طالق وطالق وطالق إذا تزوجتك وإنما قلنا ذلك لأن الواو للجمع دون الترتيب بيانه في آية الوضوء فإنه ثبتت به فرضية الطهارة في الأعضاء الأربعة من غير ترتيب والرجل يقول جاءني زيد وعمرو فيكون مخبرا بمجيئهما من غير ترتيب بينهما في المجيء ولأن قوله وطالق جملة ناقصة معطوفة على الجملة التامة فالمذكور في الجملة التامة يصير معادا في الجملة الناقصة كما في قوله تعالى : ﴿ واللائي لم يحضن ﴾ معناه فعدتهن ثلاثة أشهر فهنا يصير كأنه قال وأنت طالق إذا تزوجتك وأنت طالق إذا تزوجتك ولو صرح بهذا ثم تزوجها طلقت ثلاثا جملة فهذا مثله وبأن كان لو نجز الطلاق بهذا اللفظ يتفرق الوقوع لا يدل على أنه إذا علق يتفرق كما لو قال لامرأته ولم يدخل بها إن دخات الدار فأنت طالق واحدة لا بل اثنتين فدخلت الدار تطلق ثلاثا ولو نجز بهذا اللفظ الطلاق قبل الدخول لم يقع إلا واحدة وهذا لأن المنجز طلاق فتبين بالأولى قبل ذكر الثانية والمعلق بالشرط ليس بطلاق وإنما يصير طلاقا عند وجود الشرط فما صح تعليقه بالشرط ينزل عند وجود الشرط جملة إذا لم يكن في لفظه ما يدل على الترتيب

وأبو حنيفة – رحمه الله تعالى – يقول تعلق بالشرط ثلاث تطليقات متفرقات فيقعن عند وجود الشرط كذالك كما لو قال إن تزوجتك فأنت طالق وبعدها أخرى وبعدها أخرى فإذا وقعن متفرقات بانت بالأولى فلا تقع الثانية والثالثة كما لو نجز وإنما قلنا ذلك لأن الواو في اللغة لعطف مطلق من غير أن يقتضي جمعا ولا ترتيبا كما في قوله جاءني زيد وعمرو لا يقتضي جمعا حتى يستقيم أن يقول وعمرو بعده كما يستقيم أن يقول وعمرو معه فإذا كان للعطف فالتطليقة الأولى تعلقت

بالشرط بلا واسطة والثانية بواسطة الأولى لأنها معطوفة عليها كالقنديل إذا علق بحبل بحلق يتعلق بالحلقة الأولى بلا واسطة وبالحلقة الثانية بواسطة الأولى وكعقد لؤلؤ وإنما ينزل عند وجود الشرط كما تعلق وهب أنه لم يكن طلاقا يومئذ فإنما يصير طلاقا كما تعلق

وهذا بخلاف ما لو أعاد الشرط عند ذكر كل تطليقة لأن تعلق كل تطليقة هناك بالشرط بلا واسطة وإنما التفرق في أزمنة التعليق وذلك لا يوجب تفرقا في المعلق بالشرط وبخلاف قوله إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة لا بل اثنتين لأن لا بل لاستدراك الغلط بإقامة الثاني مقام الأول وقد صح ذلك لبقاء المحل بعد ما تعلق الأول بالشرط فتعلق الثنتان بالشرط بلا واسطة كالأولى وهنا حرف الواو للعطف وبخلاف ما لو نجز بقوله لا بل لأنها بانت بالأولى فلم يصح منه التكلم بالثنتين لعدم المحل وأما إذا أخر الشرط فنقول أول الكلام يتوقف على آخره إذا كان في آخره ما يغير موجب أوله وهنا في آخره ما يغير موجب أوله لأن أوله إيقاع وبآخره تبين أنه تعليق فإذا توقف عليه تعلق الكل بالشرط جملة وأما إذا قدم الشرط فليس في آخر الكلام ما يغير موجب أوله فلا يتوقف أوله على آخره فإذا لم يتوقف كان هذا والتنجيز سواء

ونظيره ما لو تزوج أمتين نكاحا موقوفا فقال المولى أعتقت هذه وهذه بطل نكاح الثانية لأنه ليس في آخره ما يغير موجب أوله فلم يجعل كعتقهما معا

ولو زوج أختين من رجل بغير أمره في عقدتين فقال الزوج أجزت نكاح هذه وهذه بطل نكاحهما كما لو قال أجزتهما لأن في آخره ما يغير موجب أوله

وإن قال إذا تزوجتك فأنت طالق طالق طالق ثم تزوجها طلقت واحدة لأنه ما عطف الثانية والثالثة على الأولى فتتعلق الأولى بالشرط وتلغو الثانية والثالثة

ولو قال إذا تزوجتك فأنت طالق وأنت علي كظهر أمي ووالله لا أقربك ثم تزوجها طلقت وسقط عنه الظهار والإيلاء عند أبي حنيفة لأن تعلقهما بالشرط بواسطة الطلاق فبسبق وقوع الطلاق تبين لا إلى عدة فلا يكون مظاهرا موليا بعد ما خرجت من ملكه

وعند أبي يوسف ومحمد - رحمه الله - هو مطلق مظاهر مول لأن الكل تعلق بالتزويج عندهما جملة

ولو قال إذا تزوجتك فوالله لا أقربك وأنت علي كظهر أمي وأنت طالق ثم تزوجها وقع هذا كله عليها أما عندهما لا إشكال وعند أبي حنيفة لأنه سبق الإيلاء وتكون بعده محلا للظهار فيصير مظاهرا ثم تكون بعدهما محلا للطلاق فيقع الطلاق أيضا وعلى هذا لو قال لامرأته ولم يدخل بها إن كامت فلانا فأنت طالق وطالق وطالق فكلمته فهي طالق واحدة في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما تقع ثلاثا نص على قولهما في رواية أبي سليمان ولو قال أنت طالق فطالق إذا كلمت فلانا فكلمت فلانا تطلق ثلاثا بالاتفاق والفرق لأبي حنيفة ما ذكرنا

ولو قال إن دخلت الدار فأنت طالق فطالق فطالق ذكر الطحاوي - رحمه الله - أن هذا على الخلاف أيضا وحرف الفاء للعطف كحرف الواو فتطلق ثلاثا عندهما والأصح أنها تطلق واحدة عند وجود الشرط لأن الفاء للتعقيب في أصل

الوضع لا لعطف مطلق فإن كل حرف موضوع لمعنى خاص وإذا كان للتعقيب ففي كلامه تنصيص على أن الثانية تعقب الأولى فتبين بالأولى لا إلى عدة بخلاف الواو

وإن قال لها أنت طالق طالق طالق إن كلمت فلانا فإن كان دخل بها تطلق اثنتين في الحال والثالثة تعلقت بالكلام وإن لم يكن دخل بها طلقت واحدة في الحال ويلغو ما سواها لأن ما عطف التطليقات بعضها على بعض

ولو قال إن كلمت فلانا فأنت طالق طالق طالق فإن كان دخل بها تعلقت الأولى بالكلام ووقعت الثانية والثالثة في الحال وإن لم يدخل بها تعلقت الأولى بالكلام وتقع الثانية في الحال والثالثة لغو

ولو قال أنت طالق ثم طالق ثم طالق إن كلمت فلانا فعند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - إن كانت مدخولا بها يقع في الحال اثنتان والثالثة تتعلق بالكلام وإن لم يكن دخل بها تقع واحدة في الحال ويلغو ما سوى ذلك وإذا قدم الشرط فقال إن كلمت فلانا فأنت طالق ثم طالق ثم طالق فإن كان قد دخل بها تعلقت الأولى بالشرط ووقعت الثانية والثالثة في الحال وإن لم يكن دخل بها تعلقت الأولى بالشرط ووقعت الثانية في الحال والثالثة لغو عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - وعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - سواء قدم الشرط أو أخر تتعلق الثلاث بالشرط إلا أن عند وجود الشرط إن كانت مدخولا بها تطلق ثلاثا وإن كانت غير مدخول بها تطلق واحدة فأبو حنيفة - رحمه الله تعالى - يقول كلمة ثم للتعقيب مع التراخي فإذا أدخله بين الطلاقين كان بمنزلة سكتة بينهما وهما يقولان حرف ثم للعطف ولكن يفيد التراخي فلوجود معنى العطف يتعلق الكل بالشرط ولمعنى التراخي يقع مرتبا عند وجود الشرط

ولو قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق فتزوجها ثلاث مرات ودخل بها في كل مرة لم يذكر هذا في الأصل قال أبو يوسف - رحمه الله تعالى - في الأمالي تطلق اثنتين وعليه لها مهران ونصف وقال محمد - رحمه الله تعالى - تطلق ثلاثا وعليه لها أربعة مهور ونصف ذكره في الرقيات وجه تخريج أبي يوسف - رحمه الله تعالى - أنه لما تزوجها وقعت تطليقة قبل الدخول ولزمه نصف مهر فلما دخل بها لزمه مهر بالدخول ثم لما تزوجها وقعت تطليقة أخرى بكلمة كلما ولكنها تكون رجعية عنده لأنه تزوجها قبل انقضاء عدتها منه وبنفس التزوج وجب مهر آخر وذلك مهران ونصف ثم بالدخول يصير مراجعا والتزوج في المرة الثالثة لغو فهي عنده بتطليقة وعليه لها مهران ونصف وتخريج قول محمد - رحمه الله تعالى - أن بالتزوج الأول وقعت تطليقة ووجب نصف مهر بالطلاق ومهر بالدخول وكذلك بالتزوج الثاني والثالث لأن عنده وإن حصل التزوج في العدة لا يخرج به الطلاق من أن يكون واقعا قبل الدخول فتطلق ثلاثا وعليه أربعة مهور ونصف ولو قال كلما تزوجتك فأنت طالق بائن والمسألة بحالها عند محمد - رحمه الله تعالى - هذا والأول سواء وعند أبي يوسف تطلق ثلاثا بكل تزوج تطليقة بائنة وعليه خمسة مهور ونصف لأن بالعقد الثاني والثالث في العدة كما وقع طلاق بائن وجب مهر تام وكذلك يجب بكل دخول مهر تام فإذا جمعت ذلك كان خمسة مهور ونصفا

وإذا قال كل امرأة أتزوجها أبدا فهي طالق فتزوج امرأة فطلقت ثم تزوجها ثانية لم تطلق لأن كلمة كل تقتضي جميع الأسماء لا تكرار الأفعال فإنما يتجدد وقوع الطلاق بتجدد الاسم ولا يوجد ذلك بعقدين على امرأة واحدة بخلاف كلمة كلما فإنها تقتضي تكرار الأفعال وإنما قلنا ذلك لأن مقتضى كلمة كل الجمع فيما يتعقبها والذي يتعقب الكل الاسم دون

الفعل يقال كل رجل وكل امرأة ولا يستقيم أن يقال كل ضرب وكل دخل والذي يتعقبه كلمة كلما الفعل دون الاسم يقال كلما ضرب وكلما دخل ولا يقال كلما زيد وكلما عمرو

(قال) وإذا قال أول امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأتين في عقدة ثم تزوج واحدة في عقدة لم تطلق واحدة منهن لأن الأول اسم لفرد سابق لا يشاركه في غيره ولم توجد صفة الفردية في الأوليين لأن كل واحدة منهما مزاحمة للأخرى في العقد ولم توجد صفة السبق في الثالثة لأنه تقدمها امرأتان فلم نثبت صفة الأولية لواحدة منهن

ولو كان قال مع هذا وآخر امرأة أتزوجها فهي طالق لم تطلق الثالثة أيضا لأن الآخر اسم لفرد متأخر لا يعقبه غيره ونحن لا ندري أن الثالثة هل هي آخر أم لا لجواز أن يتزوج بعدها غيرها فإن مات قبل أن يتزوج أخرى طلقت الثالثة عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – من حين تزوجها حتى لا يلزمها العدة إن لم يدخل بها ولا ميراث لها

وإن كان دخل بها فلها عليه مهر ونصف نصف مهر بالطلاق قبل الدخول ومهر بالدخول وعلى قول أبي يوسف ومحمد – رحمهم الله تعالى – إنما تطلق الثالثة قبيل الموت حتى يكون لها الميراث إذا كان دخل بها ولا مهر عليه بالدخول سوى مهر النكاح وعليها عدة الوفاة والطلاق جميعا عند محمد وعند أبي يوسف – رحمهم الله تعالى – ليس عليها عدة الوفاة ووجه قولهما أن الثالثة إنما استحقت صفة الآخرية حين أشرف على الموت وعجز عن التزوج بغيرها فتطلق في الحال كما لو تزوج امرأة ثم قال لها إن لم أتزوج عليك أخرى فأنت طالق فإنما تطلق قبيل موته بلا فصل وهما في المعنى سواء لأنها إنما تكون آخرا بشرط أن لا يتزوج بعدها غيرها إلا أن عند محمد لما اخذت الميراث بحكم القرار لزمها عدة الوفاة مع عدة الطلاق

وعند أبي يوسف – رحمه الله تعالى – لا تلزمها عدة الوفاة وإن ورثته بالقرار وأبو حنيفة – رحمه الله تعالى – يقول لما تزوجها بعد الأوليين فقد اتصفت بصفة الآخرية ولكن هذه الصفة بعرض أن تزول عنها بأن يتزوج غيرها فلا يحكم بالطلاق لهذا فإذا لم يتزوج غيرها حتى مات تقررت صفة الآخرية فيها من حين تزوجها فتطلق من ذلك الوقت كما لو قال لامرأته إذا حضت فأنت طالق فرأت الدم لا يحكم بوقوع الطلاق لجواز أن ينقطع فيما دون الثلاث وإن استمر تبين أن الطلاق كان واقعا مع أول قطرة من الدم وهذا بخلاف ما لو قال إن لم أتزوج عليك لأنه جعل عدم التزوج شرطا مفصحا به للطلاق ولا يتحقق هذا الشرط إلا عند موته وما لم يتحقق الشرط لا ينزل الجزاء ويجوز أن يفترق الفصلان لاختلاف اللفظ مع التقارب في المعنى كما لو قال لامرأته إن لم أشأ طلاقك فأنت طالق ثم قال لا أشاء لا تطلق ما دام حيا ولو قال إن أبيت طلاقك فأنت طالق ثم قال قد أبيت طلاقك تطلق وهما في المعنى سواء ثم اختلف الجواب لاختلاف لفظ الشرط على الوجه الذي قلنا

(قال) ولو قال آخر امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج واحدة لم يتزوج قبلها ولا بعدها حتى مات لم تطلق لأنها أول امرأة تزوجها فلا تكون آخر امرأة فإن صفة الأولية والآخرية لا تجتمع في مخلوق واحد لما بينهما من التضاد في المعنى في المخلوقين فإن أحدهما لمعنى السبق والآخر لمعنى التأخر في الزمان ولو قال أول امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأتين في

عقدة وإحداهما معتدة وقع الطلاق على التي صح نكاحها لأن شرط التزوج في المسقبل يتناول العقد الصحيح دون الفاسد ونكاح المعتدة باطل وإنما صح نكاح الأخرى فهي فرد سابق في نكاحه فكانت أولا

وكذلك لو تزوج امرأة نكاحا فاسدا ثم تزوج امرأة بعدها بنكاح صحيح طلقت هذه لأن الأولى لما لم يصح نكاحها لم تكن داخلة في كلامه وإنما دخلت في كلامه الثانية التي صح نكاحها فهي أول امرأة تزوجها وكذلك لو قال لامرأته إن لم أتزوج عليك اليوم فأنت طالق فتزوج امرأة نكاحا فاسدا لم يبر في يمينه بهذا لأن ذكر التزوج في المستقبل ينصرف إلى العقد الصحيح سواء ذكره في موضع النفي أو في موضع الإثبات فإن المقصود بالتزوج الحل والعفة وذلك يحصل بالعقد الصحيح دون الفاسد

(قال) وإن قال أول امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة طلقت حين تزوجها إن مات أو لم يمت لأنها بنفس العقد استحقت اسم الأولية بصفة التفردية فإن دخل بها فلهل مهر ونصف مهر نصف مهر بالطلاق الواقع قبل الدخول ومهر بالدخول بها لأن الحد قد سقط عنه بشبهة اختلاف العلماء والوطء في غير الملك لا ينفك عن حد أو مهر فإذا سقط الحد لشبهة وجب المهر

وإن قال إذا تزوجت امرأة فهي طالق فتزوج امرأتين في عقدة فإحداهما طالق والخيار إليه لأنا تيقنا بوجود الشرط وهو تزوج امرأة فإن في المرأتين امرأة فلهذا طلقت إحداهما بغير عينها لأن كل واحدة منهما تزاحم الأخرى في الاسم الذي أوقع الطلاق به ولا وجه للإيقاع عليهما لأنه علق بالتزوج طلاق امرأة واحدة لا طلاق امرأتين فلهذا تطلق إحداهما والخيار إليه

وإن كان نوى امرأة وحدها لم يدين في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه ذكر التزوج بامرأة مطلقا ثم قيدها بنيته وهو أن تكون وحدها وتقييد المطلق كتخصيص العام وقد بينا أن نية التخصيص في العام صحيحة فيما بينه وبين الله تعالى غير صحيحة في القضاء فكذلك التقييد

وإن كان قال إن تزوجت امرأة وحدها ثم تزوج امرأتين في عقدة لم تطلق واحدة منهما لأن التقييد هنا بنص كلامه وواحدة منهما لم تتصف بتلك الصفة التي نص عليها في الشرط لانضمام الأخرى إليها في العقد وإن تزوج أخرى بعدهما طلقت لأنها موصوفة بالصفة التي نص عليها في الشرط فإنها امرأة تزوجها وحدها وهو كما لو قال إذا تزوجت امرأة سوداء فهي طالق فتزوج بيضاوين ثم تزوج سوداء تطلق اللثالثة بخلاف قوله أول امرأة اتزوجها لأن هناك نص في الشرط على وصفين الفردية والسبق وقد انعدم في الثالثة صفة السبق وهنا الشرط صفة واحدة وهي الفردية وقد وجد ذلك في الثالثة فلهذا تطلق

وإن قال يوم أتزوج فلانة فهي طالق فأمر رجلا فزوجها غياه فهي طالق لأنه تزوجها بعبارة الوكيل فكأنه تزوجها بعبارة نفسه وهذا لأن الوكيل في النكاح معبر حتى لا يتعلق به شيء في العهدة ولا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل وبه فارق البيع والشراء إذا حلف لا يفعله فأمر غيره حتى باشره لم يحنث في يمينه لأن العاقد لغيره في البيع والشراء كالعاقد لنفسه حتى تتعلق به العهدة ويستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ولا يصير الموكل عاقدا بمباشرة الوكيل وإن عني في النكاح ما ولي عقده بنفسه لا يدين في القضاء وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه في معنى نية التخصيص في العام فإن مطلق اللفظ

يتناول مباشرته بنفسه ومباشرة الغير له بأمره وكذلك إن حلف أن لا يطلقها فأمر غيره فطلقها حنث لأن الزوج هو المطلق بعبارة الوكيل فإن الوكيل بالطلاق معبر

ألا ترى أنه لو قال لها أنت طالق إن شئت فشاءت أو قال اختاري فاختارت نفسها كان الزوج هو المطلق لها فكذلك هنا

وإن قال نويت أن أطلقها بلساني لم يدين في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى التخصيص في اللفظ العام وإذا قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق أو قال أنت طالق وطالق وطالق بانت بالأولى عندنا وعند مالك - رحمه الله - تطلق ثلاثا لأن الواو للجمع فجمعه بين التطليقات بحرف الجمع كجمعه بلفظ الجمع بأن يقول لها أنت طالق ثلاثا ولكنا نقول الواو للعطف فلا يقتضي جمعا وليس في آخر كلامه ما يغير موجب أوله لأن موجب أول الكلام وقوع الطلاق وهو واقع أوقع الثانية والثالثة أو لم يوقع فتبين بالأولى كما تكلم بها ثم قد تكلم بالثانية وهي ليست في عدته وهذا بخلاف ما لو ذكر شرطا أو استثناء في آخر كلامه لأن في آخر كلامه ما يغير موجب أوله فتوقف أوله على آخره

(قال) وإن قال لها انت طالق واحدة بعدها أخرى أو قبل أخرى فهي طالق واحدة وهذا الجنس من المسائل ينبني على أصلين

(أحدهما) أنه متى ذكر النعت بين اسمين فإن ألحق به حرف الكناية وهو حرف الهاء كان نعتا للمذكور آخرا وإن لم يلحق كان نعتا للمذكور أولا تقول جاءني زيد قبل عمرو فيكون قبل نعتا لمجيء زيد وإذا قلت قبله عمرو كان نعتا لمجيء عمرو

(والثاني) أن من أقر بطلاق سابق يكون ذلك إيقاعا منه في الحال لأن من ضرورة الاستناد الوقوع في الحال وهو مالك للإيقاع غير مالك للإسناد إذا عرفنا هذا فنقول :

إذا قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق واحدة قبل أخرى تطلق واحدة لأن قبل نعت للأولى ومعناه قبل أخرى تقع عليك فتبين بالأولى ولو قال قبلها أخرى تطلق اثنتين لأن قبل نعت للمذكور آخرا فكأنه قال قبلها أخرى وقعت عليك وهذا منه إسناد للثانية إلى وقت ماض فيكون موقعا لها في الحال مع الأولى

ولو قال بعد أخرى تطلق اثنتين لأن بعد نعت للأولى فيكون معناه بعد أخرى وقعت عليك ولو قال بعدها أخرى تطلق واحدة لأن بعدها هنا نعت للثانية ومعناه بعدها أخرى تقع عليك فتبين بالأولى

(قال) ولو قال مع أخرى أو معها أخرى تطلق اثنتين لأن كلمة مع للقران فقد قرن إحدى التطليقتين بالأخرى وأوقعهما جميعا وكذلك إن قال اثنتين مع واحدة أو معها واحدة أو قبلها واحدة فهي طالق ثلاثا لما قلنا

(قال) ولو قال أنت طالق واحدة ونصفا قبل الدخول كانت طالقا اثنتين عندنا وعند زفر - رحمه الله تعالى - واحدة لأن نصف التطليقة كمالها فكأنه قال أنت طالق واحدة وواحدة ولكنا نقول هذا كله ككلام واحد معنى لأنه لا يمكنه أن يعبر عن واحدة ونصف بعبارة أوجز من هذه فإن لواحدة ونصف عبارتين إما هذه وإما اثنتان إلا نصف وذلك لا يصير معلوما إلا بالاستثناء وهذا معلوم في نفسه فهو أولى العبارتين وإذا كان كلاما واحدا معنى لا يفصل بعضهم عن

بعض بخلاف قوله واحدة وواحدة فكأنهما عبارتان لأن للاثنتين عبارة اوجز من هذه وهو أن يقول إثنتين وكذلك لو قال أنت طالق إحدى وعشرين عندنا تطلق ثلاثا لأنه ليس لهذا العدد عبارة أوجز من هذه فكان الكلام واحدا معنى

وعند زفر – رحمه الله تعالى – تطلق واحدة لأنهما كلامان أحدهما معطوف على الآخر فتبين بالأولى وإن قال إحدى عشرة تطلق ثلاثا بالإتفاق لأنه ليس بينهما حرف العطف فكان الكل واحدا ولو قال إحدى وعشرة عندنا تطلق ثلاثا وعند زفر – رحمه الله تعالى – واحدة لأنه لما ذكر حرف العطف كان كلامين وكذلك لو قال واحدة ومائة عندنا تطلق ثلاثا

وقال زفر – رحمه الله تعالى – واحدة وعن أبي يوسف – رحمه الله تعالى – أن هنا تطلق واحدة لأن العبارة المعروفة لهذا العدد مائة وواحدة فإذا غير ذلك تفرق كلامه فتبين بالأولى

(قال) ولو قال أنت طالق البتة أو قال البائن ينوي ثلاثا فهي ثلاث لأن البتة عبارة عن القطع وقد بينا أن القطع نوعان فهو بنية الثلاث ينوي أحد نوعي القطع فيعمل بنيته وكذلك لو قال أنت طالق حراما ينوي ثلاثا فهو كما نوى لأنه نوى أحد نوعي الحرمة وكذلك لو قال طالق الحرام فهذا وقوله حرام سواء ويستوي إن كان دخل بها أو لم يدخل بها لأن الكلمة واحدة فإن ما ذكر بعد قوله طالق تفسير لهذه الكلمة فهذا وقوله أنت طالق ثلاثا سواء

وإن قال أنت طالق الطلاق أو طلاقا فإن نوى ثلاثا فثلاث وإن نوى واحدة فواحدة رجعية وإن عني بطالق تطليقة وبالطلاق أخرى فهي ثنتان رجعيتان إن كان قد دخل بها لأن هذه الألفاظ مشتقة من لفظ صريح الطلاق وإن لم يدخل بها فواحدة بائنة فإنه لما نوى بكل كلمة تطليقة كان هذا بمنزلة قوله أنت طالق أنت طالق فتبين بالأولى فإن قال أنت طالق الطلاق كله فهي طالق ثلاثا كانت له نية أو لم تكن لأنه صرح بإيقاع كل الطلاق وهو ثلاث ومع التصريح لا حاجة إلى النية

وإن قال أنت طالق أخبث الطلاق أو أعظم الطلاق أو أكبر الطلاق فهذا كله باب واحد فإن نوى ثلاثا فثلاث وإن نوى واحدة أو لم يكن له نية فهي واحدة بائنة لما بينا أن معنى العظم والكبر والشدة يظهر في الحكم فهذا وقوله طالق بائن سواء

وإن قال أنت طالق أكبر الطلاق فهي ثلاث لا يدين فيها إذا قال نويت واحدة لأن الكثرة والقلة في العدد فقد صرح بإيقاع أكثر ما يملك عليها من الطلاق ومع التصريح لا حاجة إلى النية فلو قال أسوء الطلاق أو شره أو أفحشه فهو وقوله أخبث الطلاق سواء على ما بينا

وإن قال أكمل الطلاق أو أتم الطلاق فهي واحدة رجعية لأنه ليس في لفظه ما ينبئ عن العظم والشدة

ولو قال أنت طالق طول كذا أو عرض كذا فهي واحدة بائنة لأن الطول والعرض فيه إشارة إلى معنى الشدة فإن الأمر إذا اشتد على إنسان يقول كان لهذا الأمر طول وعرض فتكون واحدة بائنة ولا تكون ثلاثا وإن نواها لأن الطول والعرض للشيء الواحد فكأنه قال أنت طالق واحدة طولها وعرضها كذا وهذا لا تسع فيه نية الطلاق ولو قال أنت طالق خير الطلاق أو أعدل الطلاق أو أحسن الطلاق فهذا بمنزلة قوله أنت طالق للسنة لأن الأعدل والأحسن ما يوافق السنة

وإنما يوصف بالخيرية ما يوافق السنة حتى يقع بهذا تطليقة رجعية في وقت السنة وإن نوى ثلاثا فثلاث بمنزلة قوله أنت طالق للسنة

(قال) ولو قال لها أنت طالق إن ركبت وهي راكبة فمكثت كذلك ساعة طلقت لأن الركوب مستدام حتى تضرب له المدة يقال ركبت يوما والاستدامة على ما يستدام إن شاء قال الله تعالى : ﴿ وإما ينسينك الشيطان فلا تقعد بعد الذكرى ﴾ أي لا تمكث قاعدا وكذلك لو قال أنت طالق إن قعدت وهي قاعدة أو إن قمت وهي قائمة أو إن مشيت وهي ماشية أو إن اتكأت وهي متكئة فمكثت كذلك ساعة يحنث بخلاف ما لو قال أنت طالق إن دخلت الدار وهي في الدار فمكثت كذلك لم تطلق حتى تخرج وتدخل لأن الدخول ليس بمستدام فإنه انفصال من الخارج إلى الداخل ألا ترى أنه لا تضرب له المدة فلا يقال دخل يوما وإنما يقال دخل وسكن يوما والخروج نظير الدخول لأنه انفصال من الداخل إلى الخارج فلا يكون لاستدامته حكم إنشائه

ولو قال أنت طالق ما بين تطليقة إلى ثلاث أو من تطليقة إلى ثلاث ففي القياس تطلق واحدة وهو قول زفر – رحمه الله تعالى – لأنه جعل الأولى والثالثة غاية والغاية حد فلا تدخل في المحدود كقوله بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط فيكون الواقع ما بين الغايتين وهي الواحدة وفي الاستحسان وهو قول أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله تعالى – تطلق ثلاثا لأن الحد إنما يكون في ذوي المساحات فأما في عرف اللسان إنما يراد بمثل هذا الكلام دخول الكل فإن الرجل يقول خذ من مالي من درهم إلى عشرة فيكون له أخذ العشرة ويقول كل من الملح إلى الحلو فيكون المراد تعميم الإذن ومطلق الكلام محمول على عرف أهل اللسان وأبو حنيفة – رحمه الله تعالى – يقول القياس ما قاله زفر (إن الحد غير المحدود ولكن في إدخال الأولى ضرورة لأنه أوقع الثانية ولا ثانية قبل الأولى ولا بد للكلام من ابتداء فإذا لم يوقع الأولى تصير الثانية ابتداءا فلا يمكن إيقاعها أيضا) فلأجل الضرورة أدخلت الغاية الأولى ولا ضرورة في الغاية الثانية فأخذت فيها بالقياس وقلت تطلق اثنتين وهذا لأن الغاية التي ينتهي الكلام إليها قد لا تدخل كالليل في قوله تعالى : ﴿ ثم أتموا الصيام إلى الليل ﴾ وقد تدخل في المرافق والكعبين في الوضوء والطلاق بالشك لا يقع فإن قال أردت واحدة لا يدين في القضاء وهو يدين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال الكلام ما نوى

وإن قال أنت طالق ما بين واحدة إلى أخرى ففي قياس قول زفر لا يقع شيء وفي قول أبي حنيفة تطلق واحدة وعندهما تطلق اثنتين وإن قال من واحدة إلى واحدة قيل هو على الخلاف وقيل تقع واحدة عندهم جميعا لأن الشيء لا يكون غاية نفسه فكان قوله إلى واحدة لغوا وإن قال أنت طالق واحدة أو لا شيء فهي طالق تطليقة رجعية في قول أبي يوسف – رحمه الله تعالى – الأول وهو قول محمد – رحمه الله تعالى – ثم رجع أبو يوسف – رحمه اله تعالى – وقال لا يقع شيء

وكذلك لو قال أنت طالق ثلاثا أو لا شيء فهو على هذا الخلاف وجه قوله الأول أن حرف أو لإثبات أحد المذكورين فيما يتخللهما وإنما يتخلل هنا قوله واحدة أو لا شيء وقوله ثلاثا أو لا شيء فيسقط اعتبار هذا اللفظ ويبقى قوله أنت طالق فيقع به تطليقة رجعية وجه قوله الآخر أن حرف أو للتخيير لأن موجبه إثبات أحد المذكورين فقد خير نفسه بين أن يقع عليها واحدة أو لا يقع عليها شيء وأحدهما موجود فلا يثبت بهذا الكلام شيء كما لو جمع بين امرأته

وأجنبية وقال هذه طالق أو هذه لم يقع شيء وهذا لأن الكلام إذا اقترن به ذكر العدد كان العامل هو العدد لا قوله أنت طالق وقد خرج ذكر العدد من أن يكون عزيمة بحرف أو فلا يقع عليها شيء

وإن قال أنت طالق أو غير طالق أو قال أنت طالق أولا أو قال أنت طالق أو لا شيء لم يقع عليها شيء لأنه إنما أدخل حرف الواو بين طلاق وغير طلاق فتخرج به كلمة الإيقاع من أن تكون عزيمة فلا يقع شيء كما لو قال لعبده أنت حر أو عبد

وإن قال أنت طالق واحدة في اثنتين فهو ثلاث لأن حرف في قد يكون بمعنى الواو لأن حروف الصلات يقوم بعضها مقام بعض وإن نوى واحدة مع اثنتين يقع ثلاث أيضا سواء دخل بها أو لم يدخل بها لأن حرف في يذكر بمعنى مع قال الله تعالى : ﴿ فادخلي في عبادي ﴾ أي مع عبادي ويقال دخل الأمير البلدة في جنده أي مع جنده وإن نوى حساب الضرب فهي واحدة عندنا وعند زفر – رحمه الله تعالى – اثنتان لأن هذا شيء معروف عند أهل الحساب أن واحدا إذا ضرب في اثنين يكون اثنين فيحمل كلامه عليهما إذا نوى ولكنا نقول الضرب إنما يكون في الممسوحات لا في الطلاق وتأثير الضرب في تكثير الأجزاء لا في زيادة المال والتطليقة الواحدة وإن كثرت أجزاؤها لا تصير أكثر من واحدة كما لو قال أنت طالق نصف تطليقة وسدسها وثلثها لم يقع إلا واحدة فهذا مثله

وعلى هذا لو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب عندنا تطلق اثنتين وعند زفر – رحمه الله تعالى – ثلاثا لأن اثنين في اثنين يكون أربعا ولكن الطلاق لا يكون أكثر من ثلاث وعلى هذا مسائل الإقرار

إذا قال لفلان علي عشرة دراهم في عشرة دراهم ونوى حساب الضرب فعليه عشرة عندنا ومائة عند زفر – رحمه الله تعالى – وإن نوى عشرة وعشرة فعليه عشرون وكذلك لو قال درهم في دينار أو كر حنطة في كر شعير لم يكن عليه إلا المذكور أولا عندنا إلا أن يقول نويت الواو أو حرف مع فيلزمه جميع ذلك حينئذ ويحلفه القاضي بالله ما أردت الإقرار بذلك كله يعني إذا كان الخصم مدعيا بجميع ذلك

(قال) وإن كان له ثلاث نسوة فقال فلانة طالق ثلاثا وفلانة أو فلانة فالأولى طالق والخيار إليه في الأخريين يوقع على أيتهما شاء لأن حرف التخيير إنما ذكر بين الأخريين فكان كلامه عزيمة في الأولى فيقع الطلاق عليها ويخير في الأخريين بمنزلة قوله هذه طالق وإحدى هاتين وكذلك الجواب في العتق وقد بينا الفرق بين هذين الفصلين وبين قوله والله لا أكلم فلانا وفلانا أو فلانا فيما أمليناه من شرح الجامع واستوضح في الكتاب هذه المسألة بما إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا وقد استقرضت ألف درهم من فلان أو فلان كان الطلاق واقعا عليها وهو مخير في الألف يقر بها لأحدهما ويحلف للآخر ما استقرض منه شيئا وهذا غير مشكل لأن حرف التخيير إنما ذكر في الإقرار لا في الإيقاع فيبقى موقعا للطلاق على امرأته عزما

ولو قال فلانة طالق ثلاث أو فلانة وفلانة طلقت الثالثة والخيار إليه في الأوليين لأنه إنما أدخل حرف التخيير بين الأوليين وابن سماعة – رحمه الله تعالى – يروي عن محمد – رحمه الله تعالى – أنه يخير بين الإيقاع على الأولى والأخريين

بمنزلة قوله هذه طالق أو هاتان وجعل على تلك الرواية هذه المسألة كمسألة اليمين والفرق بينهما على ظاهر الرواية وقد استقصينا شرحه في الجامع

وإن قال فلانة طالق ثلاثا وفلانة معها يقع على كل واحدة منها ثلاث تطليقات لأنه عطف الثانية على الأولى ولم يذكر لها خبرا فيكون الخبر الأول خبرا للثاني كما هو موجب العطف ولأنه ضم الثانية إلى الأولى بقوله معها وإنما يتحقق هذا الضم إذا وقع عليها مثلما وقع على الأولى

فإن قال عنيت أن فلانة معها شاهدة لم يصدق في القضاء وهو مصدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه أضمر للثانية خبرا آخر وهو محتمل ولكنه خلاف الظاهر فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء وإن قال فلانة طالق ثلاثا ثم قال أشركت فلانة معها في الطلاق وقع على الأخرى ثلاث لأن لفظ الإشراك يقتضي التسوية قال الله تعالى في ميراث أولاد الأم : ﴿ فهم شركاء في الثلث ﴾ فيستوي فيه الذكور والإناث ولأنه قد أشركها في كل واحدة مما وقعت على الأولى وهذا بخلاف ما لو قال لامرأتين له بينكما ثلاث تطليقات حيث تطلق كل واحدة اثنتين لأن هناك لم يسبق وقوع شيء على واحدة منهما فتنقسم الثلاث بينهما نصفين قسمة واحدة وهنا قد وقع الثلاث على الأولى فلا يمكنه أن يرفع شيئا مما أوقع عليها بإشراك الثانية وإنما يمكنه أن يسوي الثانية بها بإيقاع الثلاث عليها حتى لو قال لامرأتين أشركتكما في ثلاث تطليقات لم يقع على كل واحدة إلا اثنتان ولأن لما أوقع الثلاث على الأولى فكلامه في حق الثانية إشراك في حق كل واحدة من الثلاث فكأنه قال بينكما ثلاث تطليقات وهو ينوي أن كل تطليقة بينهما فلهذا تطلق كل واحدة منهما ثلاثا

وإن قال لامرأتين له أنتما طالقان ثلاثا ينوي أن الثلاث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى لكون المنوي من محتملات لفظه ولكنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء وتطلق كل واحدة ثلاثا وكذلك لو قال لأربع نسوة له أنتن طوالق ثلاثا ينوي أن الثلاث بينهن كان مدينا فيما بينه وبين الله تعالى وتطلق كل واحدة واحدة ألا ترى أنه قد يقال أكلن أربعة أرغفة على معنى أن كل واحدة أكلت رغيفا ولكنه خلاف الظاهر في الوصف فلا يدين في القضاء وتطلق كل واحدة منهن ثلاثا

وإن قال لامرأته أنت طالق نصف تطليقة فهي تطليقة كاملة عندنا وعند نفاة القياس لا يقع عليها شيء لأن نصف التطليقة غير مشروع وإيقاع ما ليس بمشروع من الزوج باطل ولكنا نقول ما لا يحتمل الوصف بالتجزي فذكر بعضه كذكر كله فكان هو موقعا تطليقة كاملة بهذا اللفظ وإيقاع التطليقة مشروع وكذلك كل جزء سماه من نصف أو ثلث أو ربع فهو كذلك

وإن قال أنت طالق نصفي تطليقة فهي طالق واحدة لأنه إنما أوقع أجزاء تطليقة واحدة

(قال) وإن قال أنت طالق نصف تطليقة من التطليقات الثلاث وثلث تطليقة وربع تطليقة وقد دخل بها فهي طالق ثلاثا لأنه أوقع من كل تطليقة من التطليقات الثلاث جزءا فإنه نكر التطليقة في كل كلمة والمنكر إذا أعيد منكرا فالثاني غير الأول ولهذا قال ابن عباس - رضي الله عنه - في قوله تعالى : ﴿ فإن مع العسر يسرا إن مع العسر يسرا ﴾ لن يغلب عسر يسرين

وإن قال أنت طالق نصف تطليقة سدسها وثلثها لم تطلق إلا واحدة لأنه أضاف الأجزاء المذكورة إلى تطليقة واحدة بحرف الكناية ولم يذكر ما لو قال أنت طالق نصف تطليقة وثلثها وربعها فمن أصحابنا من يقول هنا تطلق اثنتين لأنك إذا جمعت هذه الأجزاء المذكورة تكون أكثر من واحدة والأصح أنها لا تطلق إلا واحدة لأنه أضاف الأجزاء المذكورة إلى تطليقة واحدة بحرف الكناية فلا يقع إلا واحدة

(قال) ولو قال أنت طالق إن لم تصنعي كذا وكذا لعمل يعلم أنها لا تصنعه أبدا نحو أن يقول إن لم تمس السماء بيدك أو أن لم تحولي هذا الحجر ذهبا فهي طالق ساعة تكلم به بخلاف ما لو قال إن لم تدخلي الدار فإن هناك لا تطلق حتى تموت لأن الشرط فوات الدخول ولا يتحقق ذلك إلا عند موتها فإن الدخول منها يتأتى مادامت حية فأما هنا الشرط عدم مس السماء منها أو تحويل الحجر ذهبا وذلك متحقق في الحال من حيث الظاهر ولأنه لا فائدة في الانتظار هنا لأنه ما لا يحصل به عجز لم يكن ثابتا قبله بخلاف مسألة الدخول على ما بينا ولو وقت وقتا فقال أنت طالق إن لم تمس السماء اليوم لم تطلق إلا بعد مضي اليوم عندنا وقال بعض العلماء تطلق في الحال لأن فوت الشرط متحقق في الحال ولأن الوقت في اليمين المؤقت كالعمر في المطلق فكما لا ينتظر هناك موتها فكذلك هنا لا ينتظر مضي المدة

ولكنا نقول عند ذكر الوقت الشرط عدم الفعل في آخر جزء من أجزاء النهار وذلك لا يتحقق قبل مجيء ذلك الوقت ولأنه بذكر الوقت قصد الترفيه على نفسه فكان هذا بمنزلة قوله أنت طالق إذا ذهب هذا اليوم فما لم يذهب لا يقع الطلاق

(قال) رجل قال لامرأته يا مطلقة فهي طالق واحدة لأنه وصفها بالطلاق حين ناداها به فكان هذا وقوله أنت طالق سواء ألا ترى أنه لو قال لها يا زانية كان قاذفا لها بمنزلة قوله أنت زانية فإن قال عنيت أنها مطلقة من زوج لها قبلي فإن لم يكن لها زوج لا يلتفت إلى كلامه لأنه نوى المحال وإن كان لها زوج قبله فهو مدين في القضاء ولا يقع عليها شيء لأنه نوى حقيقة كلامه فإن النداء في الحقيقة بوصف موجود وذلك من طلاق زوج كان قبله ولأن حقيقة كلامه الوصف وهو غير الإيقاع

(قال) وإن قال لها طلقتك أمس وهو كاذب كانت طالقا في القضاء فأما فيما بينه وبين الله تعالى فهي امرأته لأن الإقرار إخبار محتمل للصدق والكذب إلا أن دينه وعقله يحمله على الصدق ويمنعه عن الكذب فحملنا كلامه في الظاهر على الصدق فأما فيما بينه وبين الله تعالى فالمخبر عنه إذا كان كذبا لا يصير بالإخبار عنه صدقا فلهذا لا يقع شيء

(قال) ولو قال لها يا بائن أو يا حرام أو ما أشبه ذلك من الكلام الذي يشبه الفرقة وهو يريد بذلك أن يسميها تسمية لا ينوي الطلاق لم تطلق لأنا قد بينا في قوله أنت بائن أنه لا يقع الطلاق إلا إذا نوى لأن اللفظ مبهم محتمل فكذلك في قوله يا بائن فإذا قال لم أنو الطلاق كان مدينا في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى وإن قال يا مطلقة يريد أن يسميها بذلك ولا يريد الطلاق وسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولم يصدق في القضاء لأن اللفظ صحيح فوقوع الطلاق به يكون بعينه لا بنيته بخلاف ما سبق إلا أن ما نواه محتمل فيدين فيما بينه وبين الله تعالى بمنزلة قوله عنيت الطلاق عن الوثاق وكذلك لو قال لعبده يا حر يريد أن يسميه بذلك فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى ولكن يعتق به في القضاء

(قال) ولو قال لامرأته هذه أختي فهو صادق في ذلك ولا يقع عليها شيء لأن هذا الكلام محتمل للأخوة في الدين قال الله تعالى : ﴿ إنما المؤمنون إخوة ﴾ وفي القبيلة قال الله تعالى : ﴿ وإلى عاد أخاهم هودا ﴾ وبالمحتمل لا تثبت الحرمة وعلى هذا لو قال لمملوكه هذا أخي كان صادقا ولم يعتق وإن قال هذه أمي أو ابنتي من نسب أو رضاع أو قال هي عمتي أو خالتي من نسب أو رضاع فإنه يسأل عن ذلك فإن ثبت عليه فرق بينهما وإن قال كذبت أو توهمت فهي امرأته وقد بينا هذا في كتاب النكاح وذكرنا الفرق بينما إذا قال لمملوكه ولزوجته وكذلك إذا قال يا أماه أو يا بنتاه أو يا عمتاه أو يا خالتاه أو يا أختاه أو يا جدتاه كان هذا باطلا ولا تقع به الفرقة لأن في موضع النداء المراد إحضارها لا تحقيق ذلك الوصف فيها ألا ترى أنه قد يناديها بما لا يتحقق فيها في موضع الإهانة كالكلب والحمار وفي موضع الإكرام كحور العين ونحوه فعرفنا أنه ليس مراده التحقيق وبدون قصد التحقيق لا عمل لهذا الكلام في قطع الزوجية فلهذا لا يقع شيء

(قال) قال رجل لامرأته قد وهبت لك طلاقك ولا نية له فهي طالق في القضاء لأن معنى كلامه هذا طلقتك بغير عوض فإن هبة الشيء من غيره جعله له مجانا ولو قال بعتك طلاقك بكذا فقالت قبلت طلقت فكذلك إذا قال وهبت لك طلاقك تطلق وإن لم تقبل لأن اشتراط قبولها لأجل البدل وإن كان ينوي بذلك أن يكون الطلاق في يدها لم يصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر فإن الهبة تزيل ملك الواهب عن الموهوب وبجعل الطلاق في يدها لا يزول ملكه عن الطلاق ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وقد روي عن أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - أنه يدين في القضاء لأن هبة الشيء من غيره تمليك لذلك الشيء منه في الظاهر فيكون هذا تمليكا للأمر منها فإن طلقت نفسها في ذلك المجلس طلقت وإلا فهي امرأته

(قال) وإذا قال لآخر أخبر امرأتي بطلاقها فهي طالق سواء أخبرها به أو لم يخبرها لأن حرف الباء للإلصاق فيكون معناه أخبرها بما أوقعت عليها من الطلاق موصولا بالإيقاع وذلك يقتضي إيقاعا سابقا لا محالة وكذلك لو قال احمل إليها طلاقها أو بشرها بطلاقها فهي طالق بلغها أو لم يبلغها لأن معناه بشرها بما أوقعت عليها أو احمل إليها ما أوقعت عليها

وكذلك لو قال أخبرها أنها طالق أو قل لها أنها طالق لأن الخبر وإن كان يحتمل الصدق والكذب فالأصل فيه الصدق وذلك لا يكون إلا بعد إيقاعه الطلاق عليها وكذلك لو قال لعبده وهبت لك عتقك أو تصدقت عليك بعتقك أو قال لغيره أخبره أنه حر أو بشره بأنه حر كان حرا لما بينا

(قال) وإذا أراد أن يطلق امرأته فقالت لا تطلقني هب لي طلاقي فقال قد وهبت لك طلاقك يريد بذلك لا أطلقك فهي امرأته في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لأن كلامه جواب لسؤالها وهي إنما سألته الإعراض عن الإيقاع وقد أظهر بكلامه أنه أجابها إلى ما سألته فلا يكون ذلك إيقاعا منه

ولو قال لمرأته قد أعرضت عن طلاقك أو صفحت عن طلاقك يريد بذلك الطلاق لم تطلق لأنه نوى ضد كلامه فإن الإعراض عن الشيء بترك الخوض فيه وهو ضد الإيقاع

ولو قال قد تركت طلاقك أو قد خليت طلاقك أو قد خليت سبيل طلاقك وهو يريد بذلك الطلاق فهي طالق لأن هذا الكلام محتمل يجوز أن يكون مراده تركها بطريق الإعراض عن التصرف فيها ويجوز أن يكون المراد تركتها بأن أخرجتها من يدي بالإيقاع فينوي فيه فإن لم بنو الطلاق فليس بشيء وإن نوى الطلاق فهو طلاق بمنزلة الكنايات

(قال) ولو قال لامرأته وقد دخل بها أنت طالق كل يوم فإن لم يكن له نية لم تطلق إلا واحدة عندنا وعند زفر تطلق ثلاثا في ثلاثة أيام لأن قوله أنت طالق إيقاع وكلمة كل تجمع الأسماء فقد جعل نفسه موقعا للطلاق عليها في كل يوم وذلك بتجدد الوقوع حتى تطلق ثلاثا ألا ترى أنه لو قال أنت طالق في كل يوم طلقت ثلاثا في كل يوم واحدة ولكنا نقول كلامه صفة وقد وصفها بالطلاق في كل يوم وهي بالتطليقة الواحدة تتصف به في الأيام كلها وإنما جعلنا كلامه إيقاعا لضرورة تحقيق الوصف وهذه الضرورة ترتفع بالواحدة ألا ترى أنه لو قال أنت طالق أبدا لم تطلق إلا واحدة بخلاف قوله في كل يوم لأن حرف في للظرف والزمان ظرف للطلاق من حيث الوقوع فيه فما يكون اليوم ظرفا له لا يصلح الغد ظرفا له فيتجدد الإيقاع لتحقيق ما اقتضاه حرف في وفي قوله كل يوم إن قال أردت أنها طالق كل يوم تطليقة أخرى فهو كما نوى وتطلق ثلاثا في ثلاثة أيام إما لأنه أضمر حرف في أو لأنه أضمر التطليقة فكأنه قال أنت طالق كل يوم تطليقة

(قال) وكذلك لو قال أنت طالق اليوم وغدا وبعد غد فإن لم يكن له نية فهي واحدة لأن بوقوع الواحدة عليها تتصف بالطلاق في هذه الأيام وإن نوى ثلاثا فهو كما نوى وهي طالق كل يوم واحدة حتى تستكمل ثلاثا في اليوم الثالث إما لإضمار حرف في أو لإضمار التطليقة

(قال) وإن قال أنت طالق ما لا يجوز عليك من الطلاق أو ما لا يقع عليك من الطلاق فهي طالق واحدة رجعية لأن آخر كلامه له فإنه ليس فيما لا يملكه الزوج عليها طلاق موصوف بما ذكر وكذلك إن قال أنت طالق ثلاثا لا يقعن عليك أو ثلاثا لا يجزن عليك فهي طالق ثلاثا لما بينا وفي النوادر قال أنت طالق أقبح الطلاق قال عند أبي يوسف – رحمه الله تعالى – تطلق تطليقة رجعية وعند محمد – رحمه الله تعالى – تطلق تطليقة بائنه لأنه جعل القبح صفة للطلاق وذلك هو الطلاق المزيل للملك وأبو يوسف – رحمه الله تعالى – يقول قد يكون القبح بالإيقاع في غير وقت السنة فلا تثبت صفة البينونة بالشك

(قال) ولو قال أنت طالق ثلاثا وأنا بالخيار ثلاثة أيام فالخيار باطل والطلاق واقع لأن اشتراط الخيار للفسخ بعد الوقوع لا للمنع عن الوقوع والطلاق لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه فيلغى شرط الخيار فيه والعتق كذلك

(قال) ولو قال لامرأته اذهبي فتزوجي فإن كان نوى طلاقا فهو طلاق وإن نوى ثلاثا فثلاث وإن نوى واحدة فواحدة بائنة وإن لم يكن له نية فليس بشيء لأن كلامه محتمل فلا يتعين معنى الطلاق فيه إلا بالنية وهو محتمل للطلاق لأنه ألزمها الذهاب من بيته وروي عن محمد – رحمه الله تعالى – أنه لو قال لها أفلحي أو استفلحي ينوي به الطلاق فهو بمنزلة قوله اذهبي لأن العرب تقول أفلح بخير أي اذهب بخيروكذلك لو قال استفلحي لأن معناه اطلبي فحلا فكان هذا وقوله تزوجي سواء والله أعلم ." (١)

---

(١) المبسوط، ٢٢/٥

-----"

ذكر القاضي الإسبيجابي هاتين المسألتين على هذا الوجه في «شرحه» وكل واحدة ترد **إشكالا** على الأخرى، **والجواب** في هاتين المسألتين على هذا الوجه منقول عن ابن سلمة رحمه الله، وذكر في آخر «النوادر» قبيل باب التأويلات عن الفقيه أبي بكر رحمه الله أن الأقلف إذا لم يدخل الماء داخل الجلدة، ففي الغسل لا يجزئه، وفي الوضوء يجزئه، وجعله كالمضمضة والاستنشاق والله أعلم.

نوع منه في بيان فرائضه وسننه

والفرض فيه أن يغسل جميع بدنه ويتمضمض ويستنشق، والمضمضة والاستنشاق فرضان في الغسل، نفلان في الوضوء، والأصل فيه قوله عليه السلام: «تحت كل شعرة جنابة فبلوا الشعرة والبشرة»، وفي الأنف شعر وفي الفم بشرة. قال ابن الأعرابي: البشرة اسم لجلدة تقي اللحم من الأذى، ولأن الأنف والفم عضوان يمكن إيصال الماء إليهما من غير حرج، فيجب في الغسل عن الجنابة كما في سائر الأعضاء وهذا لأن الواجب تطهير البدن، قال الله تعالى: ﴿وإن كنتم جنبا فاطهروا﴾ (المائده:٦) واسم البدن يتناول الكل إلا ما لا يمكن إيصال الماء إليه يسقط اعتباره لمكان الضرورة، فأما إذا أمكن إيصال الماء إلى هذين العضوين من غير حرج لا ضرورة إلى إسقاط اعتبارها. أما في الوضوء الواجب غسل الوجه، والوجه اسم لما يواجه الناظر، والمواجهة لا تقع بباطن الفم والأنف.v

وتقديم الوضوء على الاغتسال في الجنابة سنة، وليس فرضا عند علمائنا رحمهم الله، حتى إنه لو لم يتوضأ وأفاض الماء على رأسه وسائر جسده ثلاثا أجزأه إذا كان قد تمضمض واستنشق.." (١)

-----"

قال مشايخنا رحمهم الله: وعلى قياس هذه المسألة يجب أن يكون **الجواب** على التفصيل متى لم يخرج للسفر، ولكن خرج بعد الزوال قبل إقامة الجمعة إلى موضع لا يجب على أهل ذلك الموضع الجمعة، هل يباح له ذلك؟ إن كان يخرج وقت الظهر قبل أن ينتهي إلى ذلك الموضع لا يباح له ذلك؛ لأنه يكون تاركا فرضا، وإن كان لا يخرج وقت الظهر إلا بعد أن ينتهي إلى ذلك الموضع يباح له ذلك؛ لأنه لا يصير تارك فرض؛ لأن العبرة لآخر الوقت.

حكي عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: أنه كان يقول عندي في **جواب** أصل المسألة **إشكال**، وجهه: أن اعتبار آخر الوقت إنما يكون فيما ينفرد هو بأدائه وهو سائر الصلوات، فأما الجمعة لا ينفرد هو بأدائها، وإنما يؤديها مع الإمام والناس، فينبغي أن يعتبر وقت أدائهم حتى إذا كان لا يخرج من المصر قبل أداء الناس الجمعة ينبغي أن يلزمه شهود الجمعة.

الرستاقي إذا سعى يوم الجمعة إلى المصر يريد إقامة الجمعة، وإقامة حوائج له في المصر ومعظم مقصوده إقامة الجمعة ينال ثواب السعي، إلى الجمعة، وإذا كان قصده إقامة الحوائج لا غير أو كان معظم مقصوده إقامة الحوائج لا ينال ثواب السعي

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١/ ٧٠

إلى الجمعة، إذا أدرك الإمام في الجمعة بعدما قعد قدر التشهد، فعن محمد وزفر: أنه يصلي أربعا بتحريمة الجمعة، ولا يستقبل التكبير بخلاف الإمام، إذا دخل عليه وقت العصر وهو في الجمعة، فإنه يستقبل التكبير للظهر، قال الشيخ الإمام الزاهد أبو حفص رحمة الله عليه: قلت لمحمد رحمه الله: يصير مؤديا الظهر بتحريمة الجمعة؟ فقال: ما تصنع وقد جاءت به الآثار.

نوع آخرمن هذا الفصل في المتفرقات." (١)

"-----

فإن كان الإمام والقوم مقيمين والصلاة من ذوات الأربع فإنه تقوم طائفة بإزاء العدو، ثم يفتتح الصلاة بالطائفة التي معه، فيصلي بهم ركعتين، ويقعد قدر التشهد؛ فإنه تذهب هذه الطائفة بإزاء العدو، ثم تجيء الطائفة الأخرى التي كانت بإزاء العدو مكان صلاتهم، والإمام قاعد منتظر مجيئهم، فيصلي بهم ركعتين، ثم يتشهد ويسلم، ولا تسلم معه الطائفة الثانية، بل يقومون فيذهبون بإزاء العدو، ثم تجيء الطائفة الأولى مكان صلاتهم فيصلون ركعتين بغير قراءة، ويسلمون ويقفون بإزاء العدو، ثم تجيء الطائفة الثانية مكان صلاتهم، ويصلون ركعتين بقراءة على نحو ما بينا.

وإن كان الإمام مقيما والقوم مسافرون **فالجواب** فيه **كالجواب** فيما إذا كان الكل مقيمين؛ لأن القوم صاروا مقيمين في حق هذه الصلاة حين اقتدوا بالمقيم.

فإن كان الإمام مسافرا، والقوم مقيمين صلى بالطائفة التي معه ركعة، ثم انصرفوا بإزاء العدو، وصلى بالطائفة الثانية ركعة وسلم، ثم تجيء الطائفة الأولى فيصلون ثلاث ركعات بغير قراءة، نص على هذا في «الكتاب»، وهذا **الجواب** في الركعة الثانية لا يشكل؛ لأنهم في الركعة الثانية كأنهم خلف الإمام من حيث الحكم؛ لأنهم أدركوا أول الصلاة، إنما **الإشكال** في الركعتين الأخريين، لأنهم يؤدون الأخريين على سبيل الانفراد؛ لأن تحريمتهم هكذا انعقدت مع هذا قال: يقضيهما بغير قراءة.

وذكر الحسن بن زياد رحمه الله في «المجرد»: أنه يقضيها بقراءة. وإن كان الإمام مسافرا والقوم مقيمون ومسافرون صلى الإمام بالطائفة الأولى ركعة، فمن كان مسافرا خلف الإمام بقي إلى تمام صلاته ركعة ومن كان مقيما بقي إلى تمام صلاته ثلاث ركعات، ثم ينصرفون بإزاء العدو، وترجع الطائفة الأولى إلى مكان الإمام، فمن كان مسافرا يصلي ركعة بغير قراءة؛ لأنه مدرك أول الصلاة، ومن كان مقيما يصلي ثلاث ركعات بغير قراءة في ظاهر الرواية.." (٢)

"-----

وهما يقولان: بأن السيف يطهر ويسقط الغسل عمن له ذنوب وخطايا، فلأن يسقط الغسل عنهم أولى، **والجواب** لأبي حنيفة رحمه الله ما بينا، ولأن ترك الغسل لإبقاء أثر الشهادة عليه ليكون له حجة على خصمه ولو لقيه، والصبي لا يخاصم

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٩١/٢

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٢٤٩/٢

بنفسه في حقوق الدنيا، فكذا في حقوق الآخرة، وإنما الخصم عنه في الآخرة هو الله تعالى، والله تعالى غني عن الشهود، فلا حاجة إلى إبقاء أثر الشهادة عليه. وأما كونه طاهرا فهو شرط عند أبي حنيفة رحمه الله حتى أن الجنب إذا قتله أهل الحرب، أو أهل البغي، أو اللصوص يغسل عنده، وقال أبو يوسف: لا يغسل.

والحائض والنفساء إذا طهرتا، وتم الانقطاع، ثم قتلتا قبل الغسل، فهو على الخلاف، وإن قتلتا والحيض والنفاس قائم، عندهما لا يغسلان بلا **إشكال**، وعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان وأصح الروايتين عنه أن تغسل.

هما يقولان: الغسل الواجب بالجنابة سقط بالموت؛ لأن الغسل كان واجبا عليه، فيسقط بالموت لعجزه، والغسل بسبب الموت لم يجب؛ لأنه شهيد. ولأبي حنيفة رحمه الله حديث حنظلة، فإنه استشهد وهو جنب فغسلته الملائكة.

فسأل رسول الله عليه السلام زوجته عن حاله فقالت: أحبلني البارحة فأعجله الحرب من الغسل فقتل وهو جنب، فغسلته الملائكة تعليما لنا، كما في قصة آدم عليه السلام؛ ولأن الأصل في بني آدم الغسل، إنما تركنا هذا الأصل بحديث شهداء أحد، ولم يرو أنه كان فيهم جنب أو حائض؛ ولأن الشهادة عرفت مانعة ثبوت النجاسة، لا مطهرة عن نجاسة.

بيانه: أن المسلم طاهر، ولكن يتنجس بالموت، فالشهادة تمنع ثبوت النجاسة بالموت، والجنب والحائض نجس ممنوع عن دخول المسجد وتلاوة القرآن، فالشهادة لو عملت (١١٧ب) في حقهما إنما تعمل في إزالة النجاسة، والمنع من الثبوت أسهل من الرفع بعد الثبوت، ولا يقاس الأعلى على الأدنى.." [١]

"_____

وجه الاستحسان: أن المستهلك والمأكول قرض مضمون في ذمة الساعي بمثله، فيمكن تكميل النصاب به يكون الضمان قائما مقام المضمون، والمأخوذ عمالة لا تزول عن ملك رب المال بمجرد الأخذ، إذ لو زال لا تجب الزكاة، فلا يكون له عمالة؛ لأن العمالة في الصدقة الواجبة فيصير المأخوذ عمالة حينئذ دينا على الساعي، ويكمل به النصاب، ففي إبطال الزكاة ابتداء إيجابها انتهاء، غير أن في فصل الاستهلاك والقرض نوع **إشكال**، فإن المعجل صار دينا في ذمة الساعي، وأداء العين عن الغير لا يجوز، ولا يقال بأن المعجل يصير زكاة من حين دفعه وعند ذلك كان عينا، لأنا نقول هذا فاسد؛ لأن المعجل لو صار زكاة من حين دفعه، تخرج الخمسة من ملك المالك من وقت التعجيل، فلا يكمل به النصاب، ولا تجب الزكاة، فيبطل المعجل ولا يصير زكاة، فتقتصر صيرورة المعجل زكاة على الحال، وعند ذلك يتأتى **الإشكال**.

الوجه الخامس: أن يتصدق بها العاشر على المساكين قبل تمام الحول، ثم تم الحول، وفي هذا الوجه لا يصير المعجل زكاة لانعدام الوجوب في آخر الحول، لعدم كمال النصاب؛ لأن المعجل بوصوله إلى كف الفقير خرج عن ملكه حقيقة وحكما، ولا ضمان على الساعي؛ لأن التصدق حصل بإذن المالك.

بيانه: أن الدفع إلى الساعي والساعي يقبض للمساكين، ويحتمل أن يصرفها إلى الفقراء قبل تمام الحول إذن بالدفع، زكاة

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٢/٣٠٥

على تقدير وجوب الزكاة، بأن يستفيد خمسة أخرى قبل الحول، وإذن بالدفع تطوعا على تقدير عدم وجوب الزكاة.
الوجه السادس: أن يأكلها الساعي صدقة بحاجة نفسه، **والجواب** فيه نظير **الجواب** في الوجه الخامس لأن التصدق به على نفسه كالتصدق على مسكين آخر.." (١)

"الفصل الثالث: في تعليم أعمال الحج

في «المنتقى» روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله: الأحسن للحاج أن يبدأ بمكة فإذا قضى نسكه أتى المدينة، قال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذ أراد الرجل الإحرام ينبغي له أن ينوي بقلبه الحج والعمرة أي ذلك أراد الإحرام له، ويلبي ولا يصير داخلا في الحرام بمجرد النية، ولم يضم إليها التلبية، أو يسوق هديا.
واعلم بأن الروايات قد اختلفت في هذا الفصل في رواية ابن سماعة بمجرد النية، لا يصير محرما إلا أن يلبي أو يكبر أو يذكر الله، يريد به الإحرام.
وفي رواية أخرى عنه: أن بتقليد الهدي والسوق والتوجه معه يصير محرما كما يصير محرما بالتلبية وبذكر الله تعالى، وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف أن من نوى الدخول في الإحرام، فهو محرم.
وذكر هذه الروايات في الباب الرابع من حج «المنتقى»، وفي باب الخامس من حج «المنتقى» داود بن رشيد عن محمد رجل خرج يريد الحج، فأحرم لا ينوي شيئا، فهو حج بناء على أن العبادات لصيرورته سابقة عليها جائز، وهذه المسألة دليل على أن التلبية والذكر ليس بشرط لصيرورته محرما.
وفي هذا الباب أيضا الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: رجل أتى الحج، وهو يريد العمرة وأتى بالعمرة وهو يريد الحج فهو كان ما نواه، وإن قال: لبيك بحجة وهو ينوي الحج والعمرة كان قارنا، وفي المسألة **إشكال** من وجهين:
أحدهما: أنه اعتبر النية، ولم يعتبر اللفظ. والثاني: أن الحج في قوله: لبيك بحجة يكره في موضع الإثبات، فكيف جعله قارنا إذا نوى الحج والعمرة جميعا؟ **الجواب**.
أما الأول: قلنا: الحج اسم لزيارة أماكن مخصوصة قصد الزائر تعظيمها، والعمرة كذلك، فإنها تسمى حجة صغرى، فالمنوي من محتملات اللفظ، فيكون هذا اعتبار اللفظ فيما يحتمله اللفظ لاعتبار النية بانفرادها.." (٢)

"-----

في هذا الفصل نوع **إشكال**؛ لأنه أثبت الملك بدون الإعتاق، والملك في مثل هذا لا يثبت بدون الإعتاق كما في قوله: أعتق عبدك عني على ألف درهم، **والجواب** وهو الفرق بين الفصلين أن النكاح يقتضي ملك المهر، فملك العبد يصلح مقتضى النكاح، ويصلح مقتضى العتق فاستويا فاحتجنا إلى الترجيح، فنقول: جعله مقتضى النكاح أولى؛ لأنا إن جعلناه مقتضى العتق، فالعبد يكون مهرا أيضا، والملك لها في العبد باعتبار أنه مهر بدليل أنه لو طلقها قبل الدخول يجب عليها

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤٦٩/٢

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦٩٤/٢

رد نصف قيمة العبد، فكان الترجيح لجانب النكاح، فجعلناه مقتضى النكاح، فيثبت بمجرد النكاح، ولا كذلك في قوله: أعتق عبدك عني؛ لأن هناك الملك مقتضى العتق؛ لأنا لو لم نجعله مقتضى العتق يبطل كلامهما، فجعلها مقتضى العتق، فلا يثبت قبل ثبوت العتق.

ولو تزوجها على عتق أخيها، فقبلت جاز النكاح وعتق العبد عن المولى؛ لأنه جعل العتق عوضا عن النكاح، ولها مهر مثلها؛ لأن عتق الأخ لا يصلح صداقا، وإن كان سمى لها مع ذلك ما يصلح مهرا، فلها المسمى لا غير، وإن كان دون مهر مثلها. ولو تزوجها على عتق أخيها عنها فقبلت جاز النكاح، وعتق العبد عليها، وليس لها غير الأخ؛ لأن الزوج حصل على رقبة الأخ؛ لأن العتق عنها لا يكون إلا بعد تقديم للملك لها في رقبة الأخ، فصار اشتراط العتق اشتراطا لتمليك الرقبة منها، ورقبة الأخ تصلح مهرا، فلا يجب شيء آخر لها.

ولو كان تزوجها على أن يعتق عبدا أجنبيا لا قرابة بينه وبينها جاز النكاح (١٨٩أ) ولا يعتق العبد إلا بإعتاق الزوج، فيكون لها مهر مثلها إن لم يسم لها مهرا، وإن سمى لها ما يصلح مهرا، فلها المسمى لا غير وإن كان ذلك دون مهر مثلها؛ لأن الشرط هنا ليس بمرغوب بخلاف إعتاق الأخ.." (١)

"-----

في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله وفي «النوازل» امرأة وهبت مهرها لزوجها ثم ماتت بعد مدة وطلبت ورثتها مهرها من زوجها، وقالوا: كانت هبتها المهر في مرض موتها فلم تصح فقال الزوج: لابل كانت الهبة في الصحة، فالقول قول الزوج لأنهم يدعون عليه الدين وهو ينكر، وفي المسألة نوع **إشكال** لأن المهر كان ثابتا فالزوج يدعي السقوط وهم ينكرون ذلك **والجواب** على المهر كان ثابتا ولكن حقا للمرأة لاحقا للورثة فهم يدعون الاستحقاق لأنفسهم ولم يعرف هذا الاستحقاق لهم، والزوج ينكر فكان القول قوله، وفيه أيضا تزوج امرأة على ألف درهم ومهر مثلها ألوف ولم يعلم الأولياء بذلك حتى ماتت المرأة ثم علموا بعد ذلك فليس لهم حق مطالبة الزوج بكمال المهر لأن للأولياء حال حياتها أن يقولوا للزوج إما أن يبلغ مهر مثلها أو يفسخ القاضي النكاح بينكما، أما ليس لهم حق المطالبة بتكميل المهر عينا فلا يمكن إثبات حق المطالبة بتكميل المهر عينا، بعد موتها.

رجل خطب امرأة إلى أبيها وقال الأب: إن تقرب المهر وذلك كذا وكذا إلى خمسة أشهر أزوجكها فذهب الخاطب واشتغل بالنقد فكان الخاطب يبعث إلى الأب بهدايا فمضى خمسة أشهر ولم يقدر على نقد المهر ولم يزوجه الأب ابنته هل له أن يسترد ما بعث، قال في «مجموع النوازل»: ما بعث على وجه المهر فله أن يسترده إن كان قائما وقيمته أو مثله إن كان هالكا، وما بعث على وجه الهدية فله أن يسترده إن كان قائما وإن كان هالكا فلا شيء له، ويجب أن تكون هذه المسألة

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٨٥/٣

على قياس مسألة الانفاق على معتدة الغير قيل لرجل مرا فلانة فقال ومرا نكاح في سان فهذا لغو من الكلام وله أن يتزوجها متى شاء.." (١)

"ـــــ

بخلاف ما إذا قال الزوج لها: أنت طالق للسنة في غير زمان السنة حيث يقع الطلاق إذا جاء وقت السنة لأن الزوج يتصرف بحكم المالكية، وهو كما يملك التنجيز يملك الإضافة والتعليق فإذا لم يصح هذا القول تنجيزا صح إضافة وتعليقا صيانة للتصرف عن البطلان.

وإن كانت طاهرة من غير جماع حين قالت هذا القول وقعت للحال واحدة لوجود وقت السنة ثم لا يقع عليه بذلك اللفظ شيء في الطهر الثاني والثالث إلا إذا جددت الإيقاع عند كل طهر لما ذكرنا أن المفوض إليها أن تطلق نفسها عند كل طهر طلقة، ومن فوض إليه إيقاع الطلاق في المستقبل إذا أوقع في الحال لا يصح إيقاعه لأنه لا يمكن تصحيحه منجزا وإنه ظاهر، ولا يمكن تصحيحه معلقا لأن المفوض إليه التنجيز، فلهذا لا يقع عليها شيء بذلك اللفظ في الطهر الثاني والثالث إلا إذا جددت الإيقاع في الطهر الثاني والثالث، وينبغي أن تجدد الإيقاع في المجلس الذي طهرت فيه الطهر الثاني، وكذا في الطهر الثالث لما عرف.

فإن قيل: لو كان هذا تفويضا عند كل طهر تطليقة ويجب أن لا يقع في الطهر الأول شيء عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنها طلقت نفسها ثلاثا، والزوج إذا قال لها: طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لا يقع شيء عند أبي حنيفة رحمه الله.

قلنا: اختلف مشايخنا في **الجواب** عن هذا **الإشكال** بعضهم قالوا ما ذكر في «الكتاب» قولهما، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يقع في الطهر الأول شيء، وبعضهم قالوا: لا بل ما ذكر في «الكتاب» قول الكل، والفرق لأبي حنيفة رحمه الله على قول هذا القائل بين هذه المسألة وبين تلك المسألة أن هناك خالفت أمر الزوج لفظا ومعنى فلم يقع، وههنا وافقت أمره؛ لأنه أمرها أن تطلق نفسها ثلاثا للسنة وقد طلقت كذلك، والأول أصح.." (٢)

"ـــــ

وفي «فتاوى أبي الليث»: رجل قال لغيره: طلق امرأتي على أن تخرج من البيت، ولا تخرج منه شيئا ففعل ثم اختلفا، فقال الزوج: أخرجت، وقالت: المرأة لم أخرج، فالقول قول الزوج؛ لأنه ينكر شرط وقوع الطلاق. قال الصدر الشهيد في «واقعاته»: في المسألة نوعان إيهام أنه أراد بقوله طلق امرأتي على شرط أن لا تخرج من البيت، علق طلاقها بشرط أن تخرج من البيت ولا تخرج منه شيئا، فهذا صحيح؛ لأن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط، فالزوج بقوله: أخرجت شيئا من البيت أنكر شرط وقوع الطلاق فالقول قوله، وإن أراد بقوله: طلقها على شرط أن لا تخرج من البيت شيئا. قل لها: أنت طالق على أن لا تخرجي من البيت شيئا، فهذا **الجواب** غير صحيح، لأنها إذا قبلت ينبغي أن يقع الطلاق للحال أخرجت شيئا أو لم تخرج، فإن الرواية محفوظة فيما إذا قال: أنت طالق على أن تعطيني ألف درهم ففعلت تطلق وإن لم تعط الألف،

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣٩٢/٣

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤٩٨/٣

وكذلك إذا قال لها: أنت طالق على دخولك الدار، يقع الطلاق إذا قبلت دخلت أو لم تدخل؛ لأنه استعمل الدخول استعمال العوض فكان الشرط قبوله لا وجوده.

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: إذا وكلت المرأة صبيا أو معتوها أن يخالعها من زوجها كان التوكيل صحيحا؛ والصبي والمعتوه في هذا كالبالغ، وفيه نوع **إشكال**؛ لأن الصبي لا يملك هذا العقد لنفسه، فكيف يملك لغيره، **والجواب**: إنما لا يملك الخلع لنفسه؛ لأنه يلزم حكم الخلع فيتضرر به، ومتى كان وكيلا عن غيره لا يلزمه حكم الخلع، ولا ترجع إليه الحقوق ولا يتضرر.

نوع آخر في اختلاف الواقع بين الزوج والمرأة، في صحة الخلع وفساده في الشهادة في ذلك." [١]

-----"

بيان هذا الأصل في مسائل ذكرها محمد بن الحسن في «الجامع»: إذا قال الرجل: إن دخل داري هذه أحد، فامرأته طالق، فدخلها الحالف بنفسه لا تطلق امرأته إذا لم يكن له نية وقت اليمين؛ لأن شرط وقوع الطلاق دخول شخص منكر، والحالف صار معرفا من كل وجه بإضافة الدار إليه بالكناية، وإن نوى الحالف نفسه صحت نيته لأنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأن أحد اسم شخص من بني آدم نكرة، فإذا نوى نفسه فقد نوى شخصا من بني آدم معرفة، فقد وجد بعض معاني الحقيقة فكان، وبالمجاز من كلامه، وفيه تغليظ عليه؛ لأنه يحنث بدخوله بإرادته ويحنث بدخول غيره بالظاهر في القضاء.
قال: رجل اسمه محمد بن عبد الله وله غلام قال: إن كلم غلام محمدا بن عبد الله هذا أحد فامرأته طالق أشار الحالف إلى الغلام لا إلى نفسه، فإن الحالف كلمه بنفسه، أو كلم غيره تطلق امرأته، وإنما وقع الطلاق بكلام الحالف وإن صار معرفا بالاسم؛ لأنه صار معرفا من وجه لما ذكرنا أن التعريف بالاسم تعريف من وجه دون وجه، وقد ذكرنا أن المعرف من وجه يدخل تحت اسم النكرة، فإن قيل: لا بل التعريف بالاسم تعريف من كل وجه، بدليل أن من قال: فلانة بنت فلان التي أتزوجها طالق لا يتعلق بالتزوج؛ لأنها صارت معرفة بالاسم فلغت الصفة إذا بالإشارة في هذه الصفة فههنا يجب أن يكون كذلك، ولو عرف الحالف نفسه بالإشارة إلى نفسه لا يدخل تحت اليمين، فكذا إذا عرف نفسه بالاسم.
والجواب عن هذا **الإشكال** من وجهين.." [٢]

-----"

وهو نظير ما لو قال لعبيده أيكم شرب ماء هذا البحر فهو حر فشرب كل واحد منهم قطرة عتقوا؛ لأن العمل بحقيقة هذا الكلام متعذر فيعمل بمجازه، وجعل الشرط في حق كل واحد من العبيد بشرب بعض الماء.
ثم إن محمدا رحمه الله يقول في «الكتاب» إذا كانت الخشبة ثقيلة يقدر على حملها اثنان، فحملوها جميعا عتقوا لأن الشرط في هذه الصورة حمل بعض الخشبة، والبعض من حيث إنه بعض لا يفصل فيه بين قدر وقدر.

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣/٦٦٩

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣/٧٤٦

يقول أيضا إذا كانت الخشبة حفيفة، بحيث يقدر الواحد على حملها إذا حملها واحد عتق، وإذا حملها واحد بعد واحد عتقوا. وفيه نوع **إشكال**؛ لأن هذا اللفظ إن كان خاصا ينبغي أنه إذا حملها الواحد، وحكم بعتقه، أنه لو حملها آخر بعد ذلك إنه لا يعتق، وإن كان عاما ينبغي أن لا يعتق واحد منهم ما لم يحملوها جميعا واحد بعد واحد، كما لو قال إن حملتم هذه الخشبة فأنتم أحرار.

والجواب هذا اللفظ خاص بصورته عام من حيث المعنى، فإذا حملها واحد عتقوا عملا بعموم المعنى، بخلاف قوله إن حملتم هذه الخشبة، لأنه عامة صورة ومعنى؛ فما لم يحملوها لا يعتقون.

وفي «الفتاوى»: رجل قال كل جارية أشتريها ما لم أشتر فلانة * لجارية سماها * فهي حرة ثم إن الجارية المحلوف عليها غابت، أو ماتت فاشترى جارية أخرى ففي الموت لا تعتق عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأنه وجد الشرط واليمين ساقط على قولهما لفوت الغاية، وفي الغيبة يعتق ما لم يظهر موتها بلا خلاف لأن بمجرد الغيبة لا يبطل اليمين، بلا خلاف.

وإذا قال لعبيده أيكم بشرني بقدوم (فلان) فهو حر، فبشروه معا عتقوا ولو بشروه واحد بعد واحد عتق الأول خاصة (٣٢٣ب١).." (١)

-----"

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: إذا قال لأمتيه: إحداكما حرة، فسئل عن إحديهما بعينها، فقال: لم أعن هذه تعتق الأخرى، ولو سئل عن الأخرى فقال: لم أعن هذه عتقت الأولى أيضا، فيعتقان جميعا، وذكر هذه المسألة في «العيون» ووصفها في العبدين، وأجاب بما أجاب في «النوازل»: قال في «النوازل»: وكذلك هذا في الطلاق، فرق بين الطلاق والعتاق والإقرار، فإن من قال لآخر: لهذين رجلين علي ألف درهم، فقيل له: أهو هذا لأحدهما بعينه، فقال: لا، لا يجب للآخر شيء، وأشار الصدر الشهيد رحمه الله في «واقعاته» إلى الفرق، فقال: البيان في الطلاق والعتاق مستحق عليه، ولهذا يجبر عليه، فجعلنا نفي أحدهما تعيينا للآخر ضرورة إخراجه عن عهدة الواجب، أما البيان في الأقرار غير مستحق عليه، ولهذا لا يجبر عليه. ولا ضرورة إلى أن يجعل نفي أحدهما تعيينا للآخر.

وفيما ذكر من **الجواب** في فصل الطلاق والعتاق نوع **إشكال**؛ لأن العتق المبهم صورة أن لا يعين واحدا منهما بعينه. فقوله: لم أعن هذا بعينه بيان صورة العتق المبهم، فكيف يقع به الطلاق والعتاق. في «العين» وفي «فتاوى أهل سمرقند» إذا قال: أمة وعبد من رقيقي حران، ولم يبين حتى مات وله عبدان وأمة عتقت الأمة، ومن كل واحد من العبدين نصفه، ويسعى كل واحد في نصفه. ولو كان له ثلاثة، أعبد وأمة عتقت الأمة، ومن كل واحد من العبيد ثلثه، ويسعى كل واحد منهم في ثلثيه، ولو كان له ثلاثة أعبد وثلاث إماء عتق من كل واحد من العبيد والإماء الثلاث ويسعون في الباقي، ولو كان له ثلاثه

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣٣٣/٤

أعبد وأمتان، عتق من كل أمة نصفها وسعت في النصف وعتق من كل عبد ثلثه، ويسعى في الثلثين. وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل.." (١)

_____"

وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله: **فالجواب** فيه **كالجواب** فيما إذا أذن له بكتابة نصيبه، ولم يأذن له بالقبض إلا في فصل هو أن ما قبضه المكاتب من بدل الكتابة نصيبه، ولم يأذن له بالقبض إلا في فصل يكون سالما له فلا يكون للآذن أن يأخذ منه نصف ما قبض، وذلك لأنه متى أذن بقبض المكاتبة، فكأنه أذن للمكاتب بأداء ما عليه من بدل الكتابة من ماله فيصير أداء المكاتب نصف المكاتبة من ماله بإذنه كأدائه لو شرع بأداء نصف المكاتبة على المكاتب، فإن ما أدى يكون سالما للمكاتب فكذا هذا، بخلاف ما لو لم يأذن له بالقبض؛ لأنه لم يوجد منه الرضا بأداء المكاتبة من ماله وما قبض المكاتب من المكاتبة نصفه ملك المكاتب فيكون سالما له ونصفه ملك للساكت فكان (له) أن يأخذ نصيبه.

فأما فيما عدا هذا الحكم **فالجواب** فيه **كالجواب** فيما إذا أذن بكتابة نصيبه ولم يأذن له بالقبض.

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: وإذا كاتب أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه لم يكن لشريكه أن يتبع نصيبه على ما ذكرنا، فإن كاتب الساكت نصيبه بعد ذلك جاز وهذا عندهما جميعا، على قول أبي حنيفة رحمه الله: فلا **إشكال**؛ لأن الكتابة تتجزأ عنده فلم يصر نصيب الساكت مكاتبا أصلا، وإذا لم يصر نصيبه مكاتبا صار الحال في حق الساكت بعد كتابة المكاتب كالحال قبل الكتابة وقبل كتابة المكاتب الآخر (له) أن يكاتبه فكذلك هذا، وعلى قولهما: فلما ذكرنا أن نصيب الساكت لم يصر مكاتبا في حق الساكت بل اعتبر نصيبه مأذونا له وإذا كان نصيب الساكت مأذونا في حق الساكت لا مكاتبا كان له أن يكاتب نصيبه فيصير العبد مكاتبا بينها كل نصف منه صار مكاتبا بكتابة على حدة من أحدهما متى أدى إلى أحدهما حصته فإنه يعتق، ثم إذا كاتب الساكت نصيبه لا يكون للمكاتب الأول فسخ الكتابة في نصيبه، وذلك لأن الساكت بكتابة نصيبه جعل متصرفا في خالص ملكه.." (٢)

_____"

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» أم ولد كاتبها مولاها صحت الكتابة، لأن الكتابة في حقها مفيدة لأنها بالكتابة تستفيد العتق في الحال، وبالاستيلاد لا تستفيد العتق في الحال إنما استفادت عتقا مؤجلا إلى ما بعد الموت فإن مات مولاها عتقت بالاستيلاد؛ لأنها أم ولد مات عنها مولاها، وبطلت الكتابة لأنها عقلت وسيلة إلى الحرية وقد حصلت الحرية بسبب آخر فتسقط الوسيلة فيسقط بدل الكتابة وفيه نوع **إشكال** فينبغي أن لا يسقط لأن هذا المعقود عليه عقد كتابة وصل إليها، ولهذا عتق أولادها معها وسلم لها أكسابها، فوجب أن يتأكد ما وجب عليها بالكتابة كما في سائر المعاوضات، **والجواب** أن الكتابة عقد معاوضة من وجه، وتعليق عتق بالأداء من وجه، فاعتبار معنى المعاوضة يوجب تأكد العمل لما وصل إليها ما هو المعقود عليه عقد الكتابة، واعتبار معنى التعليق بالشرط يوجب الانقسام متى وجد العتق قبل الأداء، إلا

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣٥٨/٤

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٥٥٩/٤

أن المعلق بالشرط متى وجد قبل الشرط ينفسخ التعليق، والعمل بالاعتبارين جميعا في حقهما متعذر فاعتبر نابه المعاوضة في حق أم الولد حتى لا يبطل حقها في أولادها وأكسابها وأمرها من جهة المولى ونسبة التعليق في حق المولى، فقسمنا الكتابة بالإعتاق في حق المولى لأن الفسخ جاء من جهته ليكون عملا بالشبهين بقدر الإمكان.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» في مكاتب أدى إلى مولاه من الصدقات التي أخذها من الناس ثم عجز وصار ذلك للمولى فهو طيب للمولى، واختلفت عبارة المشايخ رحمهم الله في تخريج المسألة، بعضهم قالوا لأنه تبدل الملك فإن الصدقة كانت ملكا للمكاتب يدا وتصرفا ولم يكن ملك المولى ظاهرا فيه، وبالأداء صارت للمولى فيه يد الملك وبدل الملك بمنزلة تبدل العين فصار كعين آخر.." (١)

"-----

ثم إن محمدا رحمه الله يقول في «الكتاب»: إذا كانت الخشبة ثقيلة يقدر على حملها اثنان فحملوها جملة عتقوا؛ لأن الشرط في هذه الصورة حمل بعض الخشبة والبعض من حيث إنه بعض لا يفصل فيه بين قدر وقدر ونقول أيضا: إذا كانت الخشبة خفيفة يقدر الواحد على حملها إذا حملها واحد عتق وإذا حملها واحد بعد واحد عتقوا، وفيه نوع **إشكال**؛ لأن هذا اللفظ إن (كان خاصا) ينبغي أنه إذا حمل الواحد وحكم بعتقه لو حملها آخر بعد ذلك أنه لا يعتق، وإن كان عاما ينبغي أن لا يعتق واحد منهم ما لم يحملوها جميعا واحد بعد واحد كما لو قال: إن حملهم هذه الخشبة فأنتم أحرار **والجواب**: هذا اللفظ خاص بصورته عام معنى فإذا حمل الواحد عتق عملا بخصوص اللفظ صورة وإذا حمل واحد بعد واحد عتقوا عملا بالعموم بخلاف قوله إن حملتم هذه الخشبة لأنه عام لفظا ومعنى فما لم يحملوها لم يعتقوا أما ههنا بخلافه.

ولو قال: إن تغديت برغيفين فعبدي حر فتغدى اليوم برغيف والغد برغيف القياس: أن يحنث عملا بإطلاق اللفظة كما في المعنيين بأن قال: إن تغديت بهذين الرغيفين وهناك: إن تغدى اليوم بإحدى الرغيفين والغد بالرغيف الآخر يحنث في يمينه وفي الاستحسان لا يحنث في يمينه بمكان العرف فإن الإنسان يستحي من بعد أن يقول ما تغديت برغيفين في عمري وإن تغدى بأرغفة كثيرة في أيام متفرقة ولا يعد كاذبا ومثل هذا الفرق لم يوجد في المعنيين فيعمل فيه بإطلاق اللفظ، فإن نوى التفرق في هذا كان كما نوى؛ لأنه نوى حقيقة كلامه وفيه تغليظ عليه.

ولو قال: إن أكلت رغيفين أو قال: إن أكلت هذين الرغيفين فعبدي حر فأكلهما معا أو متفرقا حنث في يمينه قياسا أو استحسانا، فعلى **جواب** الاستحسان يحتاج إلى الفرق بين التغدي والأكل في غير المعنيين.." (٢)

"-----

بعد هذا قالوا: إذا كانت المهاداة تجري بينهما قبل القرض بسبب القرابة أو الصداقة أو كان المستقرض معروفا بالجود والسخاء، فهذا قائم مقام العلم أنه أهداه لا لأجل الدين، فلا يتورع عنه، وإن لم يكن شيئا من ذلك، والحالة حالة

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦٠٠/٤

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦٩٥/٤

الإشكال، فيتورع عنه حتى ينص أنه أهدى لا لأجل الدين، ومحمد رحمه الله لم ير به بأسا بلا تفصيل.

جئنا إلى فصل الدعوة، قال محمد رحمه الله: ولا بأس بأن يجيب دعوة رجل له عليه دين، قال شيخ الإسلام: هذا هو جواب الحكم، فأما الأفضل أن يتورع عن الإجابة إذا علم أنه لأجل الدين، أو أشكل عليه الحال؛ قال شمس الأئمة الحلواني: حالة الإشكال؛ إنما يتورع إذا كان يدعوه قبل الإقراض في كل عشرين يوما بعد الإقراض جعل يدعوه في كل عشرة أيام، أو زاد في ... أما إذا كان يدعوه بعد الإقراض في كل عشرين كما كان يدعوه قبل الإقراض، ولا يزيد في... فلا يتورع إلا إذا نص أنه أضاف لأجل الدين، فإن كان لا يدعوه قبل الإقراض أصلا، وجعل يدعوه بعد الإقراض يتورع إلا إذا نص أنه أضافه لا لأجل الدين، وههنا زيادة تفريع سيأتي في كتاب أدب القاضي إن شاء الله تعالى.

وأما هدايا الأمراء في زماننا؛ حكي (عن) الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل أنه سئل عن هدايا الأمراء في زماننا قال: ترد على إبانها والشيخ الإمام الزاهد أبو بكر محمد بن حامد سئل عن هذا، فقال: يوضع في بيت المال، وهكذا ذكر محمد في «السير الكبير» فذكر ذلك الشيخ الإمام الجليل محمد بن الفضل، فقال: كنت أعلم أن المذهب هذا؛ إلا أني لم أجب به مخافة أن يوضع في بيت المال، ثم الأمراء يصرفونها إلى شهواتهم ولهوهم، فقد علمنا أنهم إنما يمسكون (٩٤ب٢) بيت المال لشهواتهم؛ لا لجماعة المسلمين، وعن عمر رضي الله عنه أنه كان يمنع عماله عن قبول الهدايا، وإذا قبلوها ردوهاعلى أصحابها إن قدروا عليهم، وإن لم يقدروا عليهم وضعوها في بيت المال.." (١)

"-----

والجواب عن الإشكال الأول أن نقول بأن الغاصب الأول ليس بنائب عن المالك في التضمين حتى يصير نائبا عنه في تمليك الجارية من الثاني، وكيف يكون نائبا عنه، وإنه فوت عليه اليد كلا إنما كان للأول تضمين الثاني ليتمكن من إقامة ما عليه من الرد، والاستيفاء من ضرورات الرد؛ أما التمليك ليس من ضروراته كما في المدبر؛ إلا أن عند عدم الوقوف لمكان الجارية الحالة حالة الاستيفاء لا غير، وهو السبيل من ذلك أما بعدما ظهرت الجارية الحالة حالة الاستيفاء، وحال تملك الجارية، وهو منقول من الاستيفاء؛ أما ما ليس بسبيل من تملك الجارية، فكان بمنزلة الفضولي فتوقف على إجازة المالك، فإن أجاز أخذ القيمة، وإن رد كان حقه في استرداد الجارية؛ عرف مكانها لا أنها وصلت إلى مكانها.." (٢)

"-----

ذكر الصدر الشهيد رحمه الله في «واقعاته»: أن من جعل جنازة وملأة ومغتسلا الذي يقال بالفارسية: حوض مسين وقفا في محلة، فمات أهلها كلها لا يرد إلى الورثة بل يحمل إلى مكان آخر، قال رحمه الله: فرق محمد رحمه الله بين هذا وبين المسجد إذا خرب ما حوله أن يصير ميراثا، وفي هذه الفصول نوع إشكال، وينبغي أن يعود إلى الوارث على قياس مسألة الحصير والبواري، وإن صح هذا من محمد تصير هذه المسائل رواية في الحصير والبواري أنه لا يعود إلى الوارث.

في «المنتقى»: في مسجد يريد أهل المحلة أن يحولوه إلى موضع آخر، فإن ترك هذا حتى لا يصلى فيه، فللناس أن ينتفعوا به

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٢٢٩/٥

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤٥٥/٥

ويجعلون المسجد في غير هذا الموضع بمنزلة الخراب، وتأويل هذا إذا لم يعرف للمسجد بان على ما نبينه إن شاء الله، فأما إذا لم يترك كما وصفت لك، فإنه لا يبيعونه ولا يتخذونه مسكنا، وهذه المسألة على هذا التفصيل إنما تتأتى على قول محمد.

وفي «الأجناس»: إذا خرب المسجد ولا يعرف بانيه وبنى أهل المسجد مسجدا آخر ثم أجمعوا على بيعه واستعانوا بثمنه في ثمن المسجد الآخر فلا بأس به. قال أبو العباس الناطفي في «الأجناس»: فقياسه في وقف هذا المسجد أنه يجوز صرفه إلى عمارة مسجد آخر إذا لم يعرف الواقف ولا وارثه، فأما إذا عرف للمسجد بان فليس لأهل المسجد أن يبيعوه؛ لأنه لما خرب ووقع الاستغناء عنه عاد إلى ملك بانيه أو ورثته، فلا يكون لأهله أن يبيعوه وما ذكر من **الجواب**، أما لم يعرف بانيه قول محمد لا قول أبي يوسف هو مسجد أبدا، فلا يكون لأهل المسجد أن يبيعوه، وعن أبي سلمة السهمي، قال محمد: في مسجد إذا خرب فلا يعرف بانيه فحكمه حكم الأرض عامرة لا يعرف لها رب، فيكون أمرها إلى الإمام.." [1]

-----"

في «فتاوي سمرقند» بأن رجل أقر أنه وهب من فلان عبدا، كان هذا إقرار لهبة صحيحة؛ لأن الصحة أصل، ويكون إقرارا بقبض الموهوب له؛ لأن قبض الموهوب له بمنزلة الركن والإقرار بالركن، وذكر في «العيون»: أن من قال لآخر: وهبت لي ألف درهم ثم قال بعد ما سكت: لم أقبضها فالقول قوله؛ لأن الهبة هبة بدون القبض، والإقرار بالهبة لا يكون إقرارا بالقبض، وهذا الذي ذكر في «العيون» أشبه بالفقه وأقرب إلى ما ذكر في أيمان «الجامع» في «فتاوي سمرقند» بأن عبد بين رجلين وهب أحدهما شيئا لهذا العبد فهذا على وجهين:

إن كان الموهوب شيئا يحتمل القسمة لا تصح الهبة أصلا، لما لم تصح في نصيب الواهب حصل في نصيب غير الواهب مشاع يحتمل القسمة، وفي الوجه الثاني: يصح في نصيب صاحبه؛ لأن حصل مشاعا لايحتمل القسمة، اشترى من آخر دارا ووهبها من غيره لم يجز في قول أبي يوسف، وعند محمد: يجوز. فرق بين الهبة وبين الإجارة والبيع. في القدورى في كتاب البيوع في «الأصل»: وإذا وهب جاريتين فولدت إحداهما فعوضه الولد عنهما لم يكن له أن يرجع في واحد منهما؛ لأنه عوضه ملك نفسه، ولم يرد عليه الهبة أصلا.

وفيه: وهب لمكاتب هبة ثم أراد أن يرجع فيها فله ذلك، وفيه نوع **إشكال**؛ لأن المكاتب فقير، والهبة من الفقير صدقة لا رجوع فيها، **والجواب**: المكاتب فقير ملكا لا إما غني غنيا يدا والهبة لا تنفك عن قصد العوض بمال إما بمنافعه أو كسبه كالهبة من العبد، فإذا لم يحصل له العوض كان له الرجوع، فإن عجز المكاتب أو عتق فله أن يرجع فيها إذا عتق ولا يرجع فيها إذا عجز، وهذا قول محمد، وقال أبو يوسف له: أن يرجع في الوجهين جميعا.." [2]

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٠٠/٦

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٩٨/٦

"_____

وإن كانت المكيلات والموزونات غير معينة، فإن استعملت استعمال الأثمان فهي ثمن نحو أن يقول: اشتريت هذا العبد بكذا كذا حنطة ونحو ذلك، وإن استعملت استعمال المبيع كان مبيعا بأن قال: اشتريت منك بكذا كذا حنطة بهذا العبد فلا يصح العقد إلا بطريق السلم، وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله في شرح شهادات «الجامع» أن المكيل والموزون إذا لم يكن معينا فهو ثمن، دخل عليه حرف الباء أو لم يدخل؛ لأن المكيل والموزون من ذوات الأمثال حتى يضمنا بالمثل في الإتلاف، فصار نظير الدراهم والدنانير، والدراهم والدنانير أثمان دخل عليها حرف الباء، أو لم يدخل، والفلوس بمنزلة الدراهم والدنانير في أنها لا تتعين بالتعيين، وكان أبو الحسن الكرخي يقول: الدراهم والدنانير يتعينان في العقود ولا يتعينان في التسليم، ويستدل بمسألة ذكرها محمد في «الجامع».

وصورتها: إذا قال الرجلان: بعت هذا العبد بهذا الكر وبهذه الألف فهما في المساكين صدقة، فباع العبد بهما لزمه التصدق بالكر دون الألف، ولم تتعين الدراهم في العقد، ولا يجب التصدق بشيء؛ لأن شرط وجوب التصدق البيع بالكر المعين والدراهم المعينة، فإذا كانت الدراهم لا تتعين في العقود كان البيع واقعا بكر معين والدراهم في الذمة فكان الموجود نصف الشرط، وبوجوب نصف الشرط لا ينزل الجزاء.

والجواب عن هذا **الإشكال** وهو وجه تخريج هذه المسألة: أن شرط وجوب التصدق وجود البيع مضافا إلى الكر وإلى الدراهم وتسميتها في البيع، فأما تعيين الدراهم فليس من الشرط في شيء؛ لأنه ليس من صنع العبد، فصار في التقدير كأنه قال: إن بعت هذا العبد بيعا مضافا إلى هذا الكر وإلى هذه الألف فهما في المساكين صدقة، فإذا أضاف البيع إليهما وسماها في البيع فقد وجد شرط وجوب التصدق فيلزمه التصدق.." (١)

"_____

رجل اشترى من آخر غلاما بركبته ورم فقال البائع: إنه ورم حديث أصابه ضرب فأورمه فليس بقديم فاشتراه المشتري على ذلك ثم ظهر أنه قديم فليس له أن يرده لأنه رأى العيب ورضي به، وكل عيب قديم حديث في أوله. وكذلك إذا قال البائع: إن كان قديما **فجوابه** علي ثم تبين أنه قديم فليس له الرد، وكذلك إذا اشترى على أنه حديث فإذا هو قديم ليس له الرد ذكر المسألة في «فتاوى الفضلي» قيل: المسألة مشكلة فإنه إذا اشترى غلاما به حمى فقال البائع: إنه غب واشتراه على ذلك فإذا هو ربع أو عكس فإنه يرده وهذا **الإشكال** ليس بشيء لأن هناك عاين الغب ورضي به وقد ظهر الربع والربع غير الغب لاختلاف مادتهما، ألا ترى أنه تختلف النوبة، والذي ظهر لم يعاينه ولم يرض به، فأما الورم بهذه الصفة قد يكون قديما وقد يكون جديدا، وقد وقعت في زماننا واقعة من جنس مسألة ورم فقد با ع واحد من الفقهاء فرسا وقد ظهر بإحدى رجليه فرجة هي أثر الحسام، فافتى ظهير الدين المرغيناني للمشتري ليس له الرد وقاسه على مسألة الورم.

وفي «صلح الفتاوى»: اشترى جارية وبها قرحه ولم يعلم المشتري أنها عيب فله الرد، وهذه تخالف مسألة الورم لأنه إذا لم

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦/٢١٦

يعلم أن هذه القرحة عيب لايكون راضيا بالعيب والصحيح من **الجواب** في مسألة القرحة أنه إن كان عيبا بينا لايخفى على الناس لايكون له الرد لأنه قد رضي بالعيب وإن لم يكن هذا عيبا بينا فله الرد.

وفي «صرف القدوري»: إذا قال: أبيعك هذه الدراهم وأراها إياه ثم وجدها زيوفا قال: يستبدلها إلا أن يقول هي زيوف أو يبرأ عن عيبها.

ومن جنس مسألة الورم مسائل ذكرها في «فتاوى أبي الليث».." (١)

-----"

وإن وقع الاختلاف في قدر المسلم فيه وفي قدر رأس المال ولا بينة لهما يتحالفان، وإذا أقام أحدهما بينة قبلت بينته، وإن أقام البينة قضى بعقدين عند محمد إن لم يتفرقا عن مجلس العقد، وعندهما: يقضي بعقد واحد إذ القضاء بعقد واحد ممكن بأن يقول: بينة كل واحد منهما على إثبات الزيادة في عقد واحد على ما أقر له صاحبه؛ لأن الجنس واحد، فيمكن القضاء بكل واحد من البينتين في عقد واحد من حيث إثبات الزيادة من غير إثبات عقد آخر، فلا ضرورة إلى القضاء بعقدين، فيقضي على رب السلم بعشرين ببينة المسلم إليه، ويقضي على المسلم إليه بكري حنطة ببينة رب السلم.

وإن اختلفا في صفة رأس المال والمسلم فيه، **فالجواب** في البينة عندهم جميعا **كالجواب** فيما إذا اختلفا في صفة رأس المال لا غير، فكل **جواب** عرفته ثمة في حق إقامة البينة عندهم جميعا فهو **الجواب** هنا، هذا الذي ذكرنا إذا كان رأس المال دراهم أو دنانير.

المسألة الثانية: إذا كان رأس المال عينا بأن كان عرضا إن اختلفا في جنس المسلم فيه، فإن **الجواب** في التحالف أن لا يتحالفا قياسا، ويكون القول قول المسلم إليه؛ لأنهما اتفقا على حق المسلم إليه، واختلفا في حق رب السلم؛ لأن رب السلم يدعي حنطة والمسلم إليه ينكر، فيجب أن يكون القول قول المسلم إليه ولا يتحالفان، ولكن في الاستحسان يتحالفان، ثم **الجواب** إلى آخره على ما قلنا.

وإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضي ببينته وإن أقاما جميعا البينة، فإنه يقضي بعقد واحد منهم جميعا، أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فلا **إشكال**؛ لأن عندهما يقضي بسلم واحد مع إمكان القضاء بسلمين في حال عدم الإمكان.." (٢)

-----"

قلنا: شرط جواز العقد ما يشترط مقارنا للعقد إلا أن اشتراط القبض مقارنا لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراض لما فيه من إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلقت الجواز بقبض يوجد في المجلس؛ لأن مجلس العقد حكم حالة العقد كما في الإيجاب والقبول، فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلس العقد كالموجود وقت العقد من حيث الحكم، ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحكم، ثم اختلف المشايخ فيما بينهم أن التعارض قبل الافتراق (١٤٥ب٣) شرط صحة العقد أو شرط بقاء العقد على الصحة وإلى كل واحد أشار محمد رحمه الله في «الكتاب»، فعلى قول من

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦/٦٩٩

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٧/٢٢٣

يقول: أنه شرط بقاء العقد على الصحة لا يتأتى هذا، وعلى قول من يقول شرط صحة العقد يتأتى **الإشكال**، ولكن وجه **الجواب** ما ذكرنا.

الشرط الثاني: أن لا يكون في هذا العقد خيار الشرط لأحدهما؛ لأن الخيار استثناء لحكم العقد وهو الملك عن العقد، فيمتنع الملك ما بقي الخيار، وإذا امتنع الملك يمتنع القبض الذي يحصل به التعيين الذي هو شرط جواز هذا العقد.." (١)

-----"

والجواب عن هذا **الإشكال** أن يقال: إن التعيين محتمل، يجوز أن يكون لتعليق العقد بالمعين، ويجوز أن يكون لبيان قدر الواجب وصفته فكأنه قال: بعت منك بمثل هذه الفلوس، فإن كان البيع لتعليق العقد به ينفسخ ذلك الاصطلاح السابق، وإن كان لبيان القدر الواجب في الذمة وصفته لا ينفسخ الاصطلاح السابق، فلا ينفسخ الاصطلاح بالاحتمال حتى لو تصادقا أنهما قصدا تعليق العقد بعينه يقول بأنه يبطل ذلك الاصطلاح وتصير الفلوس مثمنا لا يجوز للمشتري أن يعطي البائع مثلها، وفيما إذا أورد من المسألة الاصطلاح على الثمنية لم يبطل بسبب التعيين لكون التعيين محتملا على ما ذكرنا، كما في هذه المسألة، وإنما بطل الاصطلاح ثمة مقتضى جواز البيع؛ لأن البيع لا يجوز وهما ثمنان؛ لأن بيع الثمن واحد باثنين لا يجوز كبيع الدرهم بالدرهمين، وهاهنا الجواز ثابت من غير يقين، فإن بيع المتاع بفلوس في الذمة جاز فلا تبطل الثمنية لا مقتضى جواز البيع ولا مقتضى التعين ولو أعطى تلك الفلوس فافترقا ثم وجد فيها فلسا لا يتفق فرده واستبدله هل ينتقض العقد.

ففي هذه الصورة وهو ما (١٤٦ب٣) إذا كان الفلوس ثمن متاع لا يبطل العقد سواء كان المردود قليلا أو كثيرا استبدل أو لم يستبدل؛ لأن أكثر ما فيه أن القبض في الفلوس قد انتقض بالرد وصار كأن لم يكن إلا أنه لو لم يقبض الفلوس وافترقا لا ينتقض العقد؛ لأن الافتراق حصل عن عين بدين كذا هاهنا.

". (٢)

-----"

أما في حصة الحلية فلا **إشكال**؛ لأنه بطل في بعضه فيبطل في الباقي؛ لأنه شئ واحد، وأما في حصة الشراء؛ لأنه دخل بعض الحلية في شراء الثوب والاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لا يجوز لما فيه من فوات القبض، وإذا بطل شراء الثوب في البعض بطل في الباقي عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن شراء الثوب في البعض بطل معنى الربا؛ لأنه بطل لما فيه من فوات القبض في أحد البدلين في صرف يمكن ربا النساء، وإذا صار بعض بدل الحلية مشروطا في شراء الثوب فقد بطل شراء بعض الثوب لمكان ربا فيه فيبطل في الباقي.

كما لو سلم حنطة في شعير وزيت وعندهما شراء الثوب يبطل بقدر ما صار من حصة الحلية داخلا فيه ويبقى في الباقي كما في مسألة السلم.

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣٥٤/٧

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣٦٢/٧

وإذا اشترى الرجل إبريق فضة بمئة دينار وفي الإبريق ألف درهم وتقابضا، ثم وجد مشتري الإبريق بالإبريق (عيبا) وهو قائم بعينه حتى كان له رد الإبريق فصالح بائع الإبريق المشتري على دينار وقبض المشتري الدينار أو لم يقبض حتى تفرقا فالصلح ماض.

ذكر المسألة في «الأصل»: من غير ذكر خلاف وهذا الجواب على قولهما مستقيم، وكذلك على قول أبي حنيفة رحمه الله على قول من يقول من المشايخ: أن الصلح وقع عن حصة العيب من الثمن؛ لأن حصة العيب من الثمن دينار وبدل الصلح دينار أيضا، فيكون هذا الصلح واقعا على جنس حقه فلا يكون صرفا، وإن وقع الصلح على عشرة دراهم، فإن قبض المشتري الدراهم قبل أن يتفرقا فالصلح جائز، وإن لم يقبض حتى تفرقا بطل الصلح؛ لأن الصلح وقع على خلاف جنس الحق فيعتبر صرفا، فإن كانت الدراهم التي وقع عليها أكثر من حصة العيب فالصلح جائز؛ لأن الصلح وقع ثمن حصة العيب عند الكل عند بعض المشايخ، وحصة العيب دينار وشراء الدينار بدراهم أكثر من قيمة الدينار جائز، وعند بعض المشايخ: الصلح وقع عن الجزء الغائب بالدراهم أكثر من قيمته يجوز.

". (١)

"_____

فإن قيل: كان يجب أن يصرف الربح إلى الجفن والنصل والحمائل دون الحلية، فإن با ع السيف مرابحة؛ لأن اسم السيف ينطلق على النصل بدون الحلية فيجعل كذلك تحريا للجواز، فيكون العقد على الحلية مساومة على ما وراء ذلك مرابحة.

ألا ترى إلى ما ذكر محمد: أن من اشترى من آخر سيفا محلى بفضة بمئة درهم وحلية السيف خمسون درهما ثم إن البائع قال للمشتري: حططت عنك عن ثمن السيف درهما كان الحط عن ثمن النصل والجفن؛ لأن اسم السيف منطلق على النصل وحده، فيصرف الحط إليه تحريا للجواز كذا ههنا.

والجواب عن هذه الإشكال من وجهين:

أحدهما: أنا لو جعلنا كذلك صار العقد الواحد عقدين؛ لأن بمقدار الحلية يصير البيع، وبمقدار الجفن والنصل يصير مرابحة وجعل العقد الواحد عقدين خلاف الأصل، ولأنه خلاف ما صرحا به؛ لأنهما جعلا الربح في ثمن السيف ده يازده، وإذا جعلنا جميع الربح بإزاء السيف كان الربح في ثمن السيف ده ده بازده.

الجواب الثاني: أنه إنما يحتال لتصحيح العقد إذا لم يصرح المتعاقدان بالفساد، وههنا صرحا بالفساد، ولما قالا: بيع هذا السيف بربح ده دوا زده؛ وهذا لأن بيع المرابحة بيع بالثمن الأول ويازده.

ولهذا قالوا: في رجلين اشتريا عبدا أحدهما نصفه بمائة، والأخر اشترى نصفه بخمسين، ثم باعاه مرابحة انقسم الثمن عليهما على قدر ثمنهما في العقد الأول، لا على قدر ملكهما في العبد.." (٢)

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣٩١/٧

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤٥٢/٧

"-----

وفي المسألة نوع **إشكال**؛ لأن حق الشفعة في البيع الثاني، إنما يثبت بعد تمام البيع الثاني فلا يبطل بالإعراض قبله، **والجواب** هو معرض بالشراء الثاني، فلا يثبت له بسبب هذا الحق مع تضمن هذا الشراء الإعراض.

بخلاف الشفيع إذا اشترى ابتداء؛ لأن شراء لم يتضمن إعراضا؛ لأنه مقبل على التملك، وهو معنى الأخذ بالشفعة.

ولو كان المشتري الأول شفيعا للدار فاشتراها الشفيع الحاضر منه، ثم قدم الغائب، فإن شاء أخذ نصف الدار بالبيع الأول، وإن شاء أخذ الكل بالبيع الثاني؛ لأن المشتري الأول يثبت له حق قبل الشراء حتى يكون شراؤه معرضا عنه، فبقي هو شفيعها في البيع الأول، فلا يكون للغائب بسبب البيع الأول إلا النصف، وأما العقد الثاني فقد ثبت للشفيع الحاضر حق الشفعة بسبب الأول، فإذا اشترى سقط حقه عن البيع الأول، ولم يتعلق بعقده حق مع كونه معرضا، فكان للغائب أن يأخذ الكل بالبيع الثاني.

الفصل السابع: في إنكار المشتري حق الشفيع وما يتصل به

في «المنتقى»: قال هشام: سألت محمدا عن الشفيع إذا طلب الشفعة بدار في يديه يزعم أنها له، فقال المشتري: ليست هذه الدار لك، قال: فأخبرني أن أبا حنيفة كان يقول: على الشفيع البينة يعني القاضي لا يقضي للشفيع بالشفعة ما لم يقم البينة أن الدار التي في يديه داره، وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا كان في يديه، فله الشفعة بها.

قال هشام: قلت لمحمد: ما قولك، قال: القياس ما قاله أبو حنيفة.

وفي «الأجناس»: بين كيفية الشهادة، فقال: ينبغي أن يشهدوا هذه الدار التي بجوار الدار المبيعه ملك هذا الشفيع أن يشتري هذا المشتري هذه الدار، وهي له إلى هذه الساعة لا يعلمها خرجت عن ملكه.

ولو قال: إن هذه الدار لهذا الجار لا يكفي، وفي «الحاوي»: لو شهدا أن الشفيع كان اشترى هذه الدار من فلان وهي في يديه أو وهبها وقبضها، فذلك يكفي، فلو أراد الشفيع أن يحلف المشتري بالله فله ذلك.." (١)

"-----

فالجواب في الحط والهبة على ما ذكرنا قبل القبض إن حط البعض أو وهب البعض صح في حق المشتري والشفيع، ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشتري وأخذه الشفيع بما وراء المحطوط والموهوب، وإن حط الكل أو وهب الكل يصح ذلك في حق المشتري، فلا يصح في حق الشفيع.

وأما الإبراء بعد القبض لا يصح لا في حق المشتري ولا في حق الشفيع، سواء كان الإبراء عن الكل أو عن البعض.

وفي المسألة نوع **إشكال**، فإن الثمن بعد القبض إن اعتبر قائما في ذمة المشتري، فينبغي أن يصح الإبراء كما تصح الهبة والحط كما قبل القبض، وإن لم يعتبر قائما ينبغي أن لا تصح الهبة والحط كما لا يصح الإبراء، **والجواب**: الثمن باق في ذمة المشتري بعد القبض؛ لأن البائع ما قبض عين حقه إلا أنه ليس للبائع ولاية المطالبة؛ لأن المشتري يطالبه بمثله، فلا

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٥٣١/٧

يفيد فمطالبة المشتري مفيد؛ لأن البائع لا يطالبه بمثل ذلك؛ لأن المشتري قد يرى، فيجب على البائع رد مثل ما قبض بعد الحط والهبة، فأما الإبراء، فإنما لم يصح؛ لأن الثمن غير باق في ذمة المشتري ولكن؛ لأن الإبراء نوعان: إبراء لإسقاط الواجب، وإبراء بالاستيفاء.

ولهذا يقال: أبرأه براءة قبض واستيفاء، كما يقال: أبرأه براءة إسقاط، فإذا أطلق البراءة إطلاقا انصرف ذلك إلى البراءة من حيث الاستيفاء؛ لأنه أقل وصار كأنه نص عليه، فقال: أبرأتك براءة قبض واستيفاء، وهناك لا يسقط الواجب عن ذمته ولا يلزم البائع رد شيء بخلاف الحط والهبة، فإنه نوع واحد وهو الحط والهبة، بطريق إسقاط الواجب.

ولهذا لا يقال: حططت ووهبت حط استيفاء، فكأنه نص عليه، ولو زاد المشتري في الثمن زيادة بعد العقد يأخذ الشفيع الدار بالثمن الأول، ولا تظهر الزيادة في حق الشفيع.

وفرق بين الزيادة وبين الحط، فإن الحط يظهر في حق الشفيع.." (١)

"-----

وأما كل قسمة لا يوجبها الحكم فإنما يثبت فيها حكم الغرور؛ لأن كل واحد منهما غير مضطر في هذه القسمة؛ لأن واحد متمكن من تمييز ملكه بقسمة كل جنس على حده؛ ولأن كل واحد منهما غير متوف لعين الحق حقيقة، فلا **إشكال**، ولا حكما؛ لأن ما وصل إليه ليس بمثل لما كان له؛ لأن الدار ليست بمثل الأرض، والأرض ليست بمثل الدار حتى يجعل وصول المثل إليه كوصول عين الحق.

وإذا اقتسم الرجلان دارا بينهما بشراء أو ميراث، وبنى أحدهما في قسمه الذي أخذها، ثم استحق من نصيب الثاني الموضع الذي فيه البناء، ورد القسمة وأبطلها لا يرجع على شريكه بشيء من قيمة البناء؛ لأن هذه قسمة يوجبها الحكم.

وإن كان دارين بينهما فاقتسماها هذا واحد هذا دارا أو هذا دارا و بنى أحدهما في داره التي أخذها واستحقت تلك الدار رجع على شريكه بنصف قيمة البناء، ذكر المسالة في «الكتاب» مطلقا من غير ذكر خلاف.

من مشايخنا من قال: المذكور في «الكتاب» قول أبي حنيفة؛ لأن هذه قسمة لا يوجبها الحكم على قوله: أما على قولهما هذه قسمة يوجبها الحكم؛ ولهذا يجبر الآبي عليها فيثبت فيها حكم الغرور.

ومنهم من قال: هذا قولهم جميعا؛ لأن هذه القسمة لا يوجبها الحكم لا محالة عندهما إنما يوجبها الحكم إذا رأى القاضي الصلاح في أن يلقحها بالجنس الواحد، أما قبل رؤية القاضي ذلك فلا، **والجواب** في الأرضين **كالجواب** في الدارين.

ولو كانا خادمين فاصطلحا على أن يأخذ هذا خادما، وذلك خادما فعلقت إحدى الخادمين من الذي أصابها، ثم استحقها رجل رجع على شريكه بنصف قيمة الولد، وهذا **الجواب** ظاهر على قول أبي حنيفة؛ لأن هذه قسمة لا يوجبها الحكم على قول من يقول من المشايخ: إن قسمة الرقيق قسمة جمع على قولهما موكول إلى رأي القاضي.

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦٠٠/٧

وأما على قول من يقول من المشايخ: إن الرقيق عندهما يقسم قسمة جمع على كل حال لا يثبت حكم الغرور؛ لأن هذه قسمة يوجبها الحكم لا محالة.." (١)

"ـــــ

والأصل فيه أن كل عمل يختلف في نفسه باختلاف المحل يثبت فيه خيار الرؤية عند رؤية المحل وكل عمل لا يختلف باختلاف المحل لا يثبت فيه خيار الرؤية عند رؤية المحل والقصارة تختلف باختلاف المحل، وكذلك الخياطة فلأجل ذلك أثبتنا خيار الرؤية فيهما.

قال: ثمةولو استأجر رجلا ليكتل له حنطة، فلما رأى الحنطة قال لا أرضى به فليس له ذلك، وكذلك إذا استأجر رجلا ليحتجم له بدانق، ورضي به فلما كشف عن ظهره قال لا أرضى به فليس له ذلك لأن العمل هاهنا لا يختلف.

ذكر الحاكم الشهيد في «المنتقى»: رجل استأجر رجلا بدرهم على أن يحلج له قطنا معلوما وسماه فهو جائز إذا كان القطن عنده، وكذلك إذا قال قصر لي مائة ثوب مروي جاز إذا كانت الثياب عنده، فالأصل أن الاستئجار على عمل في محل هو عنده جائز والإستئجار على عمل في محل ليس عنده لا يجوز، كما لا يجوز بيع ما ليس عنده قال: وهو بالخيار إذا رأى الثياب ولا خيار له في مسألة القطن، وهو بناء على الأصل الذي قلنا.

وفي «نوادر هشام» عن محمد: رجل استأجر غلاما سنة بدار له فاستعمل الغلام ومضت السنة ونظر آجر الغلام إلى الدار ولم يكن رآها فقال لا حاجة لي فيها، قال: له ذلك وله أجر مثل غلامه وفي المسألة نوع **إشكال**.

ووجهه: أن بالرد بخيار الروية ينفسخ العقد من الأصل وتصير المنافع مستوفاة بلا عقد، فكيف يتقوم **والجواب** أن الانفساخ لا يظهر في حق المستوفى أو نقول المنافع كما تقوم بالعقد تقوم بالشرط وبالرد بخيار الرؤية لا يتبين أن الشرط لم يكن ويثبت خيار العيب في الإجارة، كما في البيع إلا أن في الإجارة ينفرد المستأجر بالرد قبل القبض وبعد القبض وفي البيع ينفرد المشترى بالرد قبل القبض وبعد القبض يحتاج إلى القضاء أو الرضا.." (٢)

"ـــــ

قال: وطعام العبد على صاحبه وليس على المستأجر من ذلك شيء؛ لأن المستحق على المستأجر المشروط عليه في العقد والطعام غير مشروط على المستأجر في العقد لا نصا ولا عرفا.

قال: وإذا نزل بالمستأجر ضيفان ففي العبد المستأجر أن يخدمهم؛ لأن خدمة ضيفان المستأجر من جملة خدمة المستأجر ألا ترى أنه لولا هذا العبد كان على المستأجر أن يخدمهم ديانة ومروءة قال عليه السلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فليكرم ضيفه أو فليخدم ضيفه» وإذا كان على المستأجر خدمة ضيفه، وإذا كان على المستأجر خدمة نفسه صار خدمة ضيفانه كخدمته.

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٦٦٩/٧

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٧٤٢/٧

وإن تزوج المستأجر امرأة بعد ما استأجر العبد، فعلى العبد أن يخدم المستأجر ويخدم المرأة أيضا؛ لأن حال المرأة لا يكون أقل من حال الضيف، وعلى العبد خدمة الضيف فكان عليه خدمة المرأة من الطريق الأولى.

وفي رواية إبراهيم عن محمد: رجل أجر عبدا له سنة ثم إن العبد أقام البينة أن المولى كان أعتقه قبل الإجارة، فالأجرة للعبد؛ لأنه تبين أن المولى كان أجنبيا في هذه الإجارة فتوقف على إجارة العبد، ونفذ بإجارته والمبدل وهو المنافع بعد العتق للعبد فكان البدل له أيضا ولو قال العبد: إني حر، وقد فسخت الإجارة ولم يكن له بينة ودفعه القاضي إلى مولاه وأجبره المولى على العمل ثم أقام بينة أنه حر، وأن المولى أعتقه قبل الإجارة فلا أجر للعبد ولا للمولى ولو لم يقل فسخت كان الأجر للعبد، ولو كان غير بالغ فادعى العتق وقد أجره المولى وقال: قد فسخت ثم عمل، وباقي المسألة بحاله فالأجر للغلام.

قال في «الكتاب»: وهو بمنزلة لقيط في حجر رجل أجره، وفي المسألة نوع **إشكال**؛ لأنه تبين أن المولى كان أجنبيا عنه، وأن عقده يوقف على إجارته فينبغي أن يعمل فسخه حتى لا يكون له الأجر ثم أشار إلى **الجواب**، وقال: هذا بمنزلة لقيط في حجر رجل أجره.

". (١)

"_____

ووجه الفرق بينهما: أنه كان المستأجر حماما واحدا ولم يسلم في بعض المدة فإنما تفرقت الصفقة في حق المنافع لا في حق العين، فإنه سلم العين كله؛ لأنه لم يفت من العين شيء وتفرق التسليم في حق المنافع لا يثبت للمشتري خيارا لأنه لم يستحق على الآجر تسليم المنافع جملة؛ لأنه ليس في وسع الآجر ذلك وإنما لا يستحق عليه تسليمه جملة (٤٠ب٤) لا يثبت للمشتري خيارا كما لو ملك أعيانا بصفقات متفرقة، فأما إذا هلك أحد الحمامين فقد تفرق على المستأجر تسليم ما استحق على الآجر تسليمه جملة وتسليم العين جملة ممكن ويفرق التسليم قبل إتمام على العاقد فيما استحق تسليمه جملة يثبت له خيارا، فقد فرق بين المسألتين من هذا الوجه هذا إذا انهدم أحدهما قبل القبض، فأما إذا انهدم أحدهما بعد القبض فلا خيار للمستأجر؛ لأن الصفقة تفرقت بعد التمام على وجه لم يوجب تعييب الباقي، فإن انهدم أحدهما لا يوجب خللا في منفعة الباقي لتباين مرافقهما وتفرق الصفقة بعد التمام إذا لم يوجب تعييب الباقي لا يثبت للمشتري خيارا.

كما لو اشترى عبدين وقبضهما ثم هلك أحدهما بعد القبض قالوا: وعليه **إشكال** كان يجب أن يثبت الخيار هاهنا، وإن انهدم أحدهما بعض القبض؛ لأن الصفقة تفرقت قبل التمام؛ لأن المنافع لم تصر مقبوضة بقبض الحمام ولا تتم الصفقة إلا بقبض المعقود عليه إلا أن **الجواب** عن هذا **الإشكال** ما ذكرنا أن الصفقة تفرقت قبل التمام في حق المنافع أما في حق العين تفرق بعد التمام وتفرق الصفقة في حق المنافع لا يثبت للمستأجر خيارا.." (٢)

"_____

ووجهه أن العرف فيما بين الناس أن المستأجر هو الذي يحدث هذه الأشياء فكان العرف شاهد للمستأجر فالتبعية بسبب

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٤٣/٨

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٧٤/٨

التركيب شاهد لرب الدار أنه له فلم صار شاهد المستأجر أولى من شاهد رب الدار.
والجواب عنه أن يقال: بأن التركيب محتمل بين أن يكون من المستأجر وبين أن يكون من صاحب العمل؛ لأن كل واحد منهما يحدث ذلك وله فعله فقد استويا في التركيب ثم يرجح الحدوث من المستأجر بدلالة العرف فصار شاهد المستأجر أولى من هذا الوجه، وهكذا الجواب في الطحان وسائر الصناع إذا اختلفا فيما يحدثه الصناع في العرف والعادة دون الآجر، فالمسألة على القياس والاستحسان، والحاصل في جنس هذه المسائل أن كل شيء يحدثه المستأجر عادة لحاجته إليه، فالقول قول المستأجر.

ولو اختلف رب الدار والمستأجر في بناء من بناء الدار غير ما ذكرنا أو في باب أو في خشبة أدخلها في السقف، فقال رب الدار: أنا أجرتك وهذا فيها وقال المستأجر: بل أنا أحدثت فإن القول في هذا قول رب الدار مع يمينه؛ لأنه تابع لأرضه وبنائه ولا عرف أن المستأجر هو الذي يحدث ذلك فيكون لرب الدار وما كان له في الدار من لبن موضوع رطب أو يابس أو جذع موضوع أو آجر أو جص فهو للمستأجر؛ لأنه في يده حقيقة وحكما ولم يعرف كونه في يد صاحب الدار فيكون القول قول المستأجر.
وإنما قلنا: إنه في يده أما حقيقة فلا إشكال وأما حكما فلأنه ليس بتابع للدار؛ لأنه غير مركب فيه بل موضوع فيه، فإن أقاما جميعا البينة على ذلك ففي كل شيء جعل قول المستأجر قال: ألحقه رب الدار؛ لأن رب الدار يدعي خلاف الظاهر. ولو اختلفا في الجص أو في السيرة أو في التنور، فالقول فيه قول رب الدار قيل: هذا في التنور، بناء على عرفهم أما في عرفنا فالقول قول المستأجر؛ لأن المستأجر هو الذي في يده في عرفنا.." (١)
"-----

وإن شاء مال إلى جهة الوفاق وضمنه في المكان الذي انكسر، وأعطاه من الأجر بحساب ذلك. وفي هذه المسألة إشكالان:
أحدهما: أنه قال له أن يضمنه قيمته في المكان الذي حمل، ولم يوجد منه سبب ضمان في ذلك المكان.
والثاني: أنه قال: إذا ضمنه قيمته في المكان الذي انكسر أعطاه الأجر بحسابه جمع بين الأجر والضمان، والأجر مع الضمان لا يجتمعان على مذهبنا والجواب عن الإشكال الأول: لا بل وجد سبب الضمان في ذلك المكان. وهذا لأن سبب الضمان وإن كان هو من عمله ذلك حالة الانكسار، إلا أن الفساد الحاصل من عمله استبدالي حالة العقد؛ لأن الانكسار من عمله إنما أوجب الضمان باعتبار العقد، فإنه بدون عقد الإجارة الأجير يكون معينا في الحمل، ولا ضمان على المعين ولما كان وجوب الضمان باعتبار العقد كان سبب وجوب الضمان العقد من حيث الاعتبار، والحكم يضاف إلى السبب، فقد وجد سبب الضمان في المكان الذي انكسر من عمله، فلهذا يخير.
والجواب عن الإشكال الثاني: الأجر مع الضمان إنما لا يجتمعان عندنا في حالة واحدة، وقد اختلف الحالة هاهنا بيانه: أنه إذا ضمنته قيمته في المكان الذي انكسر، فقد جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل إلى المكان الذي انكسر، فالأجر

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٩٥/٨

يجب له في حالة الأمانة، وإنما صار مضمونا عند الكسر. وهذه حالة أخرى بعد انقضاء حالة الأمانة. ومثل هذا جائز. ألا ترى أنه لو حمل المتاع إلى ذلك المكان المعين، ثم أحرقه أو طرحه فإنه يضمن قيمته في ذلك المكان الذي أحرقه أو طرحه، ولا يبطل الأجر، لأن الأجر واجب في حالة الأمانة، وهذه حالة أخرى فلم يجتمع الأجر والضمان إذا.

(١) ".

"_____

والجواب: أما **الإشكال** الأول قلنا: إنما لم يقل يتحالفان؛ لأن بحلف البائع يفسد العقد وبعدما فسد العقد لا يفيد تحليف المشتري، لأن التحليف لرجاء النكول الذي هو إقرار، ولو أقر بما ادعاه البائع صريحا كان العقد فاسدا، لأن فيه ثوبا أبدا لم يدخل تحت العقد فلم يكن في تحليفه فائدة، فلهذا لا يحلف المشتري وأما **الإشكال** الثاني، قلنا: الاختلاف هاهنا ما وقع في فساد العقد وجوازه، وإنما وقع في وجود العقد وعدمه في الثوب الحادي عشر، فهو المقصود من هذه الخصومة.

والاختلاف إذا وقع في وجود العقد وعدمه، كان القول قول من ينكر الوجود، والمنكر لوجود العقد في الثوب الحادي عشر هو البائع، فيجعل القول قوله، وإذا جعل القول قول البائع ينتفي البيع عن الثوب الحادي عشر، ومن ضرورته فساد العقد في الباقي، ففساد العقد في الباقي من نتائج اختلافهما في وجود العقد وعدمه في الثوب الحادي عشر، لا أن يكون الاختلاف في صحة العقد وفساده.

وفي كتاب «الأقضية» :سئل أبو سليمان عن رجل قال: اشهدوا أن امرأتي فلانة بنت فلان طالق، فجاءت امرأة وخاصمته في المهر والنفقة، فقال الزوج: هذه ليست هي التي كانت امرأتي، ولا هي فلانة بنت فلان، فإن كانت لها بينة على ذلك أخذ بينتها وإن لم يكن لها بينة وأرادت استحلافه لا يحلف على أنها ليست فلانة بنت فلان وإنما يحلف على حاصل الدعوى فيحلف بالله مالها قبلك حق في المهر والنفقة التي تدعي.

وهذا لأن الاستحلاف إنما يكون على أصل الحق وعلى سبب الحق والسبب ليس بحقها، وليس بسبب لاستحقاق المهر والنفقة، فلا يستحلف عليه، ولكن يستحلف على الحاصل وبه يقع الاستغناء عما سواه، ويحصل النظر من الجانبين.." (٢)

"_____

وأما رجوع الأب على الذي عليه الأصل مشكل؛ لأن في زعمه أنه لا رجوع له على الذي عليه الأصل **الجواب** عنه: أما الأول فنقول هذه شهادة بعد دعوى صحيحة من الطالب، فإنه يدعي الضمان بأمر، وهو أحد نوعي الضمان، وقد أثبت ذلك بهذه البينة.

قوله: لا حق للطالب في الأمر، فكيف يعتبر دعواه، قلنا: ليس كذلك، بل للطالب فيه حق، فإنه لو ثبت الأمر بتساهل الكفيل في الأداء لأنه إنما يؤدي بعوض، وإذا لم يثبت الأمر يؤدي بغير عوض، فيتعاسر في المدا فثبت أن له حقا في الكفالة

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٨/٢٧٥

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٨/٧٧٠

والأمر جميعا، فصحت دعواه وقبلت هذه البينة لما قلنا إنهما شهادة على أبيهما.
قوله: بأن الشهادة بالأمر شهادة لأبيهما، فإنه يرجع بما يؤدي على الأمر، قلنا: فيه روايتان، في رواية: لا يرجع به عند الأداء، ووجهه ما ذكرنا في **الإشكال**، وعلى هذه الرواية يرجع به، ووجه قبول هذه الشهادة أن هذه شهادة على الأب؛ لأن الكفالة بأمر دائر بين الضرر والنفع من حيث إنه يجب عليه الأداء من ماله فيه ضرر، ومن حيث إنه يستوجب الرجوع به على الأصيل فيه نفع، ولكن قد ذكرنا أن المنفعة المجحودة لا عبرة لها، وهي مجحودة ههنا، فلهذا اعتبرناها شهادة على أبيهما. وقوله: بأن من زعمه أنه ليس له حق الرجوع على الأصيل، فكيف يرجع إليه، قلنا: صار مكذبا في زعمه، حيث قضى القاضي بخلافه عليه، فلا يعتبر زعمه أصلا.
قال في كتاب «الحوالة»: رجل كفل عن رجل بمال بأمره، فشهد على ذلك ابنا المطلوب الذي عليه الأصل، فهو جائز ويؤاخذ الكفيل بالمال، وإذا أدى يرجع على الذي عليه الأصل، أما جواز شهادتهما في حق الكفيل، فلأنهما أجنبيان عنه غير متهمين في حقه، فقبلت شهادتهما، وأما في حق الأصيل بالرجوع عليه؛ لأنها شهادة على أبيهما، فقبلت.." (١)
"-----

ولكن ادعى رجلان دارا أو عبدا أو عرضا من العروض في يدي ورثة الميت أن الميت غصبه ذلك، وشهد لهما شاهدان بذلك، ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين ألف درهم فإن الشهادة كلها جائزة، كذا ذكره الخصاف رحمه الله، وهذا يجب أن يكون على الروايات كلها؛ لأن تهمة الشركة لا تتأتى ههنا، وكذلك لو لم يدعيا الغصب ولكن ادعيا الشراء من الميت ونقد الثمن، كان **الجواب** كما قلنا في دعوى الغصب؛ لأن ما باعه الميت في حياته لا يكون تركة له، فلا يتعلق حق الغرماء بذلك العين فلا تتأتى تهمة الشركة، وهذا يجب أن يكون على الروايات كلها، وكذلك إذا ادعى أحد الفريقين عينا وادعى الفريق الآخر عينا آخر تقبل شهادتهم، وهذا أيضا يجب أن يكون على الروايات كلها، وكذلك إذا ادعى أحد الفريقين الوصية بعد تعيينه، وادعى الفريق الآخر الوصية بعين آخر قبلت شهادتهم بالاتفاق، ولو ادعى أحدهما الوصية بالثلث وادعى الآخر الوصية بعد بعينه أو بعين آخر لا تقبل شهادة الفريقين؛ لأن صاحب الثلث يشارك الآخر في العبد فيتمكن تهمة الشركة وفي المسألة **إشكال**، وكذلك لو ادعى أحدهما الوصية بالثلث وادعى الآخر الوصية بالسدس لا تقبل شهادة الفريقين؛ لان تهمة الشركة تتأتى ههنا، وفي كل موضع لا تقبل شهادة الفريقين لا تقبل شهادة ابنيهما وأبويهما ونسوتهما مع رجل آخر، وفي كل موضع تقبل شهادتهما تقبل شهادة ابنيهما وأبويهما وامرأتيهما مع رجل، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا وقعت الشركة في المشهود به لا تقبل شهادتهما، وإذا لم يقع في المشهود به شركة، فإن كان القاضي يعرفهما بالعدالة قبلت شهادتهما (١٣٥ب٤).." (٢)
"-----

قال: ويستوي في ذلك أن علمه المولى برجوع الشاهد أم لم يعلمه، أما إذا علم برجوعه فلا **إشكال**؛ لأنه غير مضطر في

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٢٢٦/٩

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣٥١/٩

اتباع المكاتب لما علم برجوع الشاهدين ووجوب الضمان عليهما، واتباعه المكاتب يتضمن براءة الشاهد عن الضمان، كما في المغصوب منه إذا اختار تضمين أحد الغاصبين، إما الأول، وإما الثاني، مع علمه بغصبهما فإنه يبرأ الآخر، إنه غير مضطر في تضمين الذي ضمنه، فإن له أن يضمن الآخر وإذا لم يكن مضطرا فقد انعقدت معاوضة بالتضمن عن طواعية، فلا يكون له فسخ ذلك، وأما إذا لم يعلم برجوعه فكذلك أيضا، وكان يجب أن لا يكون اختياره اتباع المكاتب إبراء للشاهدين عن الضمان؛ لأنه مضطر في تضمين المكاتب؛ إذ ليس يمكنه تضمين الشاهدين لما لم يعلم برجوعهما، ولما كان مضطرا في اتباع المكاتب يجب أن لا يبرأ الشهود عن الضمان، كالمغصوب منه إذا اختار تضمين الغاصب الأول ولم يعلم بغصب الثاني منه ثم علم، كان له أن يتبع الثاني ويفسخ تضمينه الغاصب الأول؛ لأنه مضطر في تضمين الغاصب الأول لما لم يعلم بغصب الثاني فيجب أن يكون هنا كذلك، إلا أن **الجواب** عنه أن تضمين المكاتب إنما حصل من المولى وهو عالم بوجود سبب الضمان من الشاهد، فإنه علم أنه شهد بزور وأنه ضامن وإن لم يرجع، وإذا علم بوجود سبب الضمان من الشاهد كان بمنزلة ما لو ضمن الغاصب الأول وهو يعلم بغضب الثاني ولو كان كذلك برئ الثاني، فكذلك هذا.

فأما في مسألة الغصب ضمن الأول ولم يعلم بوجود سبب الضمان من الثاني فكان مضطرا في تضمين الأول فكان بمنزلة ما لم يعلم بغصب الثاني إلا أنه ... إنسان أن يضمن الأول، ولو كان كذلك لكان له أن يفسخ تضمينه ويتبع الثاني فكذلك هذا.." (١)

-----"

قلنا: الاضطرار في حق الفروع ثابت من وجه دون وجه؛ لأن سبب هذا الاضطرار اعتباري وهو الإثم وبالعقباوي ثبت الاضطرار من وجه؛ لأن العقباوي ليس بقائم للحال، ألا ترى أن قضاء القاضي بسبب وعيد الأخوة اعتبر منقولا إلى الشاهد من وجه دون وجه، حتى كان لولي القتيل تضمين الشاهد ولا تجب الكفارة على الشاهد ولا يصير الشاهد محروما عن الميراث كذا هاهنا، وإذا ثبت أن الفروع صار منقولا إلى الأصول كان الأصل مسببا، والفروع مباشر من كل وجه، وإيجاب الضمان على المباشر من كل وجه أولى من إيجابه على المباشر من وجه، وإذا رجع الفروع وحدهم وجب عليهم الضمان وهذا ظاهر، وإن رجع الأصول وحدهم فلا ضمان عليهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وفيه نوع **إشكال**؛ لأنه تعذر إيجاب الضمان على المباشر، فيجب على المسبب كما في الحافر مع الماشي.

والجواب: أن الأصول لو كانوا مباشرين مع الفروع من كل وجه بأن شهدوا جملة بشهادة أنفسهم ثم رجع اثنان لا يجب على الراجعين الضمان؛ لأنه بقي من يقوم بشهادته جميع الحق؛ فلأن لا يجب الضمان هنا، وقد بقي من يقوم بشهادته جميع الحق والراجع سبب من وجه أولى، وهكذا الذي ذكرنا: إذا قال الأصول: كنا أشهدناكما بباطل، فأما إذا قالوا لم نشهدهم أصلا، فلا ضمان على الأصول بلا خلاف؛ لأنه لم يوجد منهم الرجوع لما أنكروا الإشهاد أصلا.." (٢)

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٩/٦٢٨

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٩/٦٦٠

"ـــــــ

هذا إذا لم يذكرا تاريخا، فأما إذا (١٧٦ب٤) ذكرا تاريخا إن كان تاريخهما على السواء، فكذا **الجواب** أنه يقضي للخارج منهما؛ لأن عند استوائهما في التاريخ يسقط اعتبار التاريخ، وتبقى الدعوى في الملك المطلق، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق، فعلى قول أبي حنيفة للتاريخ عبرة في دعوى الملك المطلق إذا اجتمعا على التاريخ فيقضى لأسبقهما تاريخا إن كان اسبقهما تاريخا الخارج، فلا **إشكال**، لأنهما لو كانا في التاريخ على السواء كان يقضى للخارج، فإذا كان هو سابقا في التاريخ كان أولى، وإن كان أسبقهما تاريخا ذو اليد، فلأنه أثبت الملك في وقت سابق على وقت الخارج، في بينته زيادة إثبات واستحقاق من حيث الوقت إن كان في بينة الخارج زيادة استحقاق من حيث أنه يستحق على صاحب اليد الملك الثابت له بظاهر اليد، فاستويا في إثبات الاستحقاق من هذا الوجه، وترجح بينة صاحب اليد بحكم اليد كما في دعوى النتاج وعلى قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد أولا: للتاريخ عبرة في هذه الصورة كما هو قول أبي حنيفة رحمهم الله، فيقضى لأسبقهما تاريخا، وعلى قول أبي يوسف أولا وهو قول محمد آخرا: إلا عبرة للتاريخ في هذه الصورة، فيقضى للخارج، وما ذكر محمد رحمه الله في الدعوى، وأحدهما وقت قبل وقت صاحبه من قوله، فمن هذه الصورة أنه يقضى أسبقهما تاريخا، فذلك قوله الأول، أما على قوله الآخر يقضي للخارج، روى ذلك أصحاب «الأمالي» عن محمد رحمه الله.." (١)

"ـــــــ

قلنا: ملك بكر ثبت بإقرار محمد تلقي الملك من جهة بكر، وهذا الإقرار منه صحيح، لكونه صاحب يد. ثم بينة محمد تثبت شراء محمد من بكر، وعلى قياس قول محمد تقبل بينة بكر على المرأة، ويقضي بالدار له شراء من جهة المرأة، وتقبل بينة محمد على بكر، وتبطل بينة المرأة على بكر؛ لأن الدار كانت في يد محمد من حيث الحقيقة إلا أنها من حيث الحكم والتقدير كأنها في يد بكر؛ لأن محمدا يقر بأن اليد والملك في هذه الدار كان لبكر، وأنه استفاده من جهة بكر، ولم يدع بكر مثل ذلك، حتى يبطل إقرار محمد للتعارض والتدافع من جهة محمد، فصح إقرار محمد لبكر، ولو كانت الدار في يد بكر حقيقة، كان **الجواب** على نحو ما بينا: أن بينة المرأة وبينة بكر باطلتان، وبينة محمد مقبولة، وإن كانت الدار في يد المرأة والباقي بحاله، فعلى قولهما: البينات كلها باطلة، أما بينة المرأة على بكر، وبينة بكر على المرأة فلا **إشكال** فيه، وأما بينة محمد على بكر ففيه نوع **إشكال**، ويجب أن تقبل بينة محمد على بكر؛ لأنه ادعى حادثا وأثبته بالبينة، ولا دافع لبينته.
قلنا: محمد أثبت الشراء ببينته من بكر، إلا أن قبض بكر ما اشترى من المرأة لم يثبت، فصار بكر بائعا ما اشترى قبل القبض، فإن قيل: ثبت قبض بكر بإقرار المرأة، فإنها أقرت تلقت الملك من جهة بكر، فتكون مقرة أنها استفادت الملك واليد من جهة بكر، فيجعل كون الدار في يد بكر كما في الفصل الأول.

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٩/٧٦١

قلنا: إن إقرارها لم يصح لما ادعى بكر أنه تلقى الملك من جهته، فلا يثبت قبض بكر بإقرار المرأة، فإن قيل: كيف تستقيم أن يقال: ... وبيع العقار قبل القبض جائز عندهما، ومحمد وضع المسألة في العقار.." [(١)]

-----"

فلو أن القاضي زكى شهود الرجل الأجنبي بعد موت العم ولم يزك شهود ابن الأخ، قضي بالدار كلها للأجنبي؛ لأن حق الأجنبي قد ظهر من كل وجه وحق ابن الأخ عسى يظهر وعسى لا يظهر، وليس لظهوره وقت معلوم، فيقضى بالدار كلها للرجل الأجنبي لهذا، وتبطل بينة ابن الأخ حتى إذا ظهرت عدالتهم لا يقضى له بشيء ما لم يقم البينة ثانيا، لأن القاضي لما قضى بالدار كلها للأجنبي بالدليل الذي ذكرنا، مع قيام ما يوجب القضاء بالنصف لابن الأخ وهو شهادة شهود ابن الأخ يضمن القضاء بالدار كلها للأجنبي إبطال بينة ابن الأخ، وللقاضي ولاية إبطال البينة إذا لاح له دليل الإبطال.

والقاضي إذا أبطل البينة في حادثة لا يجوز القضاء بها في تلك الحادثة أبدا، فإن جاء ابن الأخ بعد ذلك بشهود شهدوا أن هذه الدار داره ورثها من أبيه، قبل القاضي شهادته وقضى بكل الدار للأجنبي سواء جاء بشهود آخرين أو جاء بتلك الشهود، لأنه لو لم تقبل شهادة شهوده إنما لا تقبل لصيرورته مقضيا عليه ببينة الأجنبي، ولا وجه إليه؛ لأن بينة الأجنبي قامت على العم لا على ابن الأخ، وهذا **الجواب** ظاهر فيما إذا جاء بشهود آخرين مشكل فيما إذا جاء بتلك الشهود. وينبغي أن لا تقبل شهادتهم في هذه الصورة لأن القاضي أبطل شهادتهم في عين هذه الحادثة، والقاضي متى أبطل شهادة الشهود في حادثة، لا تقبل شهادتهم في عين تلك الحادثة، وإن صاروا عدولا، **والجواب** عن هذا **الإشكال** من وجهين: أحدهما: أن القاضي ما رد شهادتهم لتهمة الكذب بل ضرورة القضاء تلك الدار للأجنبي، ورد الشهادة إذا لم يكن لتهمة الكذب لا يمنع قبولها بعد ذلك.." [(٢)]

-----"

قلنا: لا يمكن أن يجعل الفاقيء خصما عن العبد حكما، لأنه ليس من الفاقيء وبين العبد فيما يريد المدعي إثباته من ملكه في رقبة العبد سبب، ولا بد من سبب يكون بين الحاضر والغائب حتى يجعل الحاضر خصما عن الغائب واحد لم يقل به، قال: ولو أن المدعى عليه أقر أنه فقئ عين العبد، وإنه عبد هذا المدعي والعبد غائب، فإنه يقضي بأرش العبد له بخلاف فصل البينة.

والفرق: أن الإقرار في حق الأرش دون نفس العبد فيمكن القضاء بالأرش للمدعي من غير أن يكون قضاء على الغائب وهو العبد، فأما البينة، فحجة متقدمة، فلا يمكن إثبات ملك العبد بها في حق الأرش، ورقبة العبد لأنه لا يكون على الغائب.

فهذا هو الفرق وذكر بعد هذا مسألة البرذون التي ذكرناها على سبيل الاستشهاد، وأجاب على نحو ما بينا أن القاضي

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٧٩٧/٩

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٨٢/١٠

يقضي بربع القيمة للمدعي على المدعى عليه، وإن لم يكن البرذون حاضرا وفيه نوع **إشكال** ينبغي أن لا يقضي القاضي للمدعي بأرش البرذون حتى يري المدعي البرذون للقاضي فينظر إليه القاضي هل فقئ عينه أم لا؟.

ألا ترى أن من ادعى على آخر أنه شج رأسه فالقاضي لا يقضي للمدعي على المدعى عليه بشيء (٢٠٦أ٤) حتى يرى المدعي رأسه للقاضي **والجواب** وهو الفرق بين الفصلين أن في فصل الشجة المدعي حاضر، فيمكنه إراءة رأسه من غير كلفة ومشقة، فأما البرذون فغائب فلا يمكنه إراءة البرذون إلا بكلفة ومشقة.." [1]

"_____

قلنا: اختلفت عبارة المشايخ في **الجواب** عن هذا **الإشكال**، فعبارة بعضهم أن هذا **الإشكال** إنما يتأتى إذا تعذر القضاء بملك العبد للمدعي كما في المسألة التي وقع الإشهاد بها؛ لأن هناك تعذر القضاء بملك العبد للمدعي؛ لأن العبد حي قائم، وقد ثبت ببينة ذي اليد أن الملك في العبد للغائب فلو قضينا بالعبد للمدعي كان في هذا استحقاقا على الغائب، والاستحقاق على الغائب لا يجوز.

وإذا تعذر القضاء بالعبد للمدعي تعذر القضاء بالعين الفائتة للمدعي إذ يستحيل أن يكون العبد لإنسان ويكون عينه لآخر، وإذا تعذر القضاء بالعين الغائبة للمدعي تعذر القضاء بالأرش له، أما في مسألتنا أمكن القضاء بالعبد للمدعي، وإن ثبتت ببينة ذي اليد أن العبد للغائب، فيكون القضاء بالعبد للمدعي قضاء على الغائب إلا أن القضاء على الغائب إنما لا يجوز إذا كان فيه استحقاق شيء له، وإيجاب شيء على الغائب، فأما إذا لم يكن فيه استحقاق شيء على الغائب يجوز القضاء على الغائب لأن العبد ميت، والميت لا يمكن أن يستحق على الغائب فظهر الفرق بين الفصلين من هذا الوجه.

وعبارة بعضهم: ليس من ضرورة القضاء بقيمة العبد للمدعي، القضاء بملك العبد للمدعي إذ يجوز أن يكون العبد لإنسان وبدله لغيره.

ألا ترى إلى ما قال أصحابنا في رجل قال لغيره: بعت منك هذا العبد الذي في يديك بألف درهم، ولي عليك ألف درهم، فقال ذلك الرجل: ما بعته مني، وما اشتريته أنا؛ وأنا بريء مما تقول لا علم لي به قط، فأقام المدعي بينة على ذلك وجب على المنكر ثمن العبد ولم يكن العبد ملكا له.

وكذلك قالوا في رجلين ادعى كل واحد منهما على رجل واحد؛ أني بعت منك هذا العبد بألف درهم، وكانت الدعوى منهما في عبد واحد بعينه، وأنكر المدعى عليه ألفا درهم، لكل واحد منهما ألف درهم.." [2]

"_____

فهو معنى قولنا: إنهما تصادقا على وصول هذا العين إلى يد ذي اليد من جهة عبد الله من حيث الظاهر، وهذا بخلاف ما

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٢٢٩/١٠

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٢٨٥/١٠

لو قال ذو اليد: أودعنيها عمر وكيل عبد الله، حيث لا تندفع الخصومة ما لم يقم البينة عليه، لأنه لم يثبت وصول هذه الدار إلى يده من جهة عبد الله بوجه ما، لأن المدعي إن حصل مقرا من حيث الظاهر بوصول الدار إلى يده من جهة عبد الله لما ادعى الشراء منه، إلا أن صاحب اليد كذبه في ذلك وقال: ما وصل إلي من جهة عبد الله، ولم يثبت الوصول إلى يده من جهة عمرو بإقرار ذي اليد لإنكار المدعي ذلك؛ بخلاف ما نحن فيه على ما بينا.

وإن قال المدعي للقاضي: حلف الذي في يديه الدار أن عبد الله أودعها إياه، كما قال فالقاضي يستحلفه بالله؛ لقد أودعك هذه الدار عبد الله، وفيه نوع **إشكال** أنه قبل قول الذي في يديه الدار من غير يمين.

والجواب: يجوز أن يحلف الإنسان .... أن القول فيه قوله، كالمودع إذا ادعى رد الوديعة كان المعنى فيه أنا إنما دفعنا الخصومة عن ذي اليد لوصول الدار إلى يده، من جهة عبد الله، أو من جهة وكيل عبد الله، فيصح منه دعوى وصول الدار إليه من جهة غاصب عبد الله، أو من جهة وكيله، وذو اليد لو أقر أنه وصل إلى يده من جهة غاصب غصبها من عبد الله كان خصما للمدعي؛ إلا أن يقيم البينة على ذلك، فقد ادعى على ذي اليد معنى، لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف فإن حلف فلا خصومة بينهما، وإن نكل جعله القاضي خصما للمدعي.

فإن قيل: ينبغي أن لا يحلفه القاضي؛ لأن التحليف يترتب على دعوى صحيحة، ودعوى المدعي أنها وصلت إلى صاحب اليد من جهة غير عبد الله بعد دعواه الشراء من عبد الله وقع فاسدا، لأنه بدعوى الشراء من عبد الله صار مقرا بوصولها إلى صاحب اليد من جهة عبد الله، فيصير بدعوى الوصول من جهة غيره متناقضا، والمتناقض يمنع صحة الدعوى.

". (١)

"_____

فإن كان الأب الذي مات أولا أبا هو جد هذا الغلام؛ والمسألة بحالها، فوصي الأب الذي مات أولا بالتصرف في مال الصغير، وكذلك لو كان الأب الذي مات آخرا أبا هو جد هذا الغلام كان وصيه أولى من أبيه، وإنما كان وصي الأب الذي مات آخرا هو جد أولى من أبيه؛ لأن الوصي قائم مقام الموصي، وقد كان الأب الذي مات آخرا حال حياته أولى من أبيه، فكذا من قام مقامه، وإذا كان أولى من أب الميت الذي مات آخرا مع أنه استقرت أبوة فلان تكون أولى من أب الميت الذي مات أولا، وقد بطلت أبوته بالموت كان أولى.

وإن مات وصي الأب الذي مات آخرا وأوصى إلى غيره وباقي المسألة بحالها فوصيه أولى ممن سمينا؛ لأنه قائم مقام الموصي، وقد كان الموصي حال حياته أولى، فكذا وصيه بعد الموت. وإن مات وصي الأب الذي مات آخرا ولم يوص إلى أحد، أو كان الأب الذي مات آخرا لم يوص إلى أحد، وقد ترك الأب الذي مات أولا أولى من وصيته، وفي هذا الفصل نوع **إشكال**: وهو أن الذي مات أولا إما أن تبطل أبوته وولايته بموته أو لم تبطل، إن بطلت تبطل الجدودة كما تبطل الوصاية، وإذا لم تبطل الوصاية فقد اجتمع وصي الأب مع جد الغلام، فتكون الولاية للموصي. **والجواب** أن يقول: أبوة الذي مات أولا بطلت في حق القضاء به أبا لم تبطل في حق الجدودة.

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ٣١٧/١٠

بيانه: وهو أن السبب الثاني كما أثبت الأبوة للأبوين أثبت الجدودة لأبويهما ثبوتا واحدا، فكانت ولاية الجد بسبب قائم به وهو القرابة لا بتفويض الأب، فلا تبطل ببطلان ولاية الأب، لكن لم تظهر ولاية الجد حال قيام الأب أو وصيه، فإذا ماتا ظهرت ولايته، أما ولاية الوصي بسبب تفويض الأب لا بسبب قائم به، فإذا بطلت ولاية الأب بطلت ولاية الوصي ضرورة.

". (١)

"_____

المحبوس بالدين إذا أقام بينة أنه معسر، وأقام رب الدين بينة أنه موسر، فالقاضي يقبل بينة رب الدين، وإن لم يبينوا مقدار ملكه حتى يخلده في السجن ببينة رب الدين وفيه **إشكال**؛ لأن تخليده في السجن لا يستحق إلا باليسار، واليسار لا يثبت إلا بالملك، وتعذر القضاء بالملك لجهالة قدره، ألا ترى إلى ما ذكر في كتاب الشفعة أن المشتري إذا أنكر جوار الشفيع وأنكر ملكه في الدار التي في يديه بجنب الدار المشتراة، وأقام الشفيع بينة أن له نصيبا في هذه الدار، ولم يبينوا مقدار النصيب فالقاضي لا يقضي بهذه الشهادة، وطريقه: أن حق الشفعة إنما تثبت لمدعيها إذا ثبت له الملك في الدار التي يدعي الشفعة بها، والقضاء بالملك له، فهذه الشهادة غير ممكنة لمكان الجهالة، فههنا يجب أن يكون كذلك.

والجواب وهو الفرق بين المسألتين: أن في مسألة المحبوس القضاء بالملك له غير ممكن لجحوده لا لجهالته، بل الملك لنفسه، ألا ترى أن الشهود إن بينوا مقدار الملك له، فالقاضي لا يقضي له بالملك مع أن المشهود به معلوم لجحوده الملك لنفسه، وإذا تعذر القضاء بالملك لجحوده لم يشترط القضاء باليسار إمكان القضاء له بالملك، فأما في مسألة الشفعة؛ القضاء بالملك للشفيع ممكن؛ لأنه يدعي الملك لنفسه، وإذا أمكن القضاء له بالملك كان إمكان القضاء بالملك شرطا لثبوت الشفعة؛ لأن الشفعة لا تستحق إلا بالملك، أو ليس إذا سقط شرط من شرائط صحة القضاء في موضع العجز يدل على أنه يسقط في موضع آخر من غير العجز.." (٢)

" في فتاوى قاضي خان في مسائل الأخذ والسرقة ولو حلف أنه لم يسرق شيئا سماه ولم يره وقد كان رأى ذلك الشيء قبل ذلك فالمختار أنه لا يحنث كذا في الفتاوى الكبرى أكار أو وكيل حلف أن لا يسرق وهو يحمل العنب والفواكه المشتركة بينه وبين صاحب الكرم إلى بيته قالوا إن كان ما يحمل الأكار والوكيل للأكل لا يكون سرقة وأما ما يكون من الحبوب إذا أخذ شيئا ليتفرد به لا للحفظ فهو سرقة وأما غير الأكار والوكيل إذا أخذ شيئا على وجه الخفية فهو سرقة وأما الأكار والوكيل إذا أخذ شيئا لو رآهما صاحبه لا يضمنه بل يرضى به **فالجواب** كذلك وإن لم يكن ينبغي أن يحنث كذا في الظهيرية رجل غاب فرسه عن خان فقال أكراين اسب من برده باشند فوالله لا أسكن ههنا قالوا يرجع إلى الحالف إن نوى بقوله أنيجانباشم الحجرة أو الخان أو البلدة فهو على ما نوى وإن لم ينو شيئا تنصرف يمينه إلى الخان امرأة لها ابن يسكن

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٠/٥٣١

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، ١٠/٦٢٧

مع أجنبي فقال لها زوجها إن لم يأت ابنك فلان بيتنا ويسكن معنا فمتى أعطيته شيئا قليلا من مالي فأنت كذا فجاء فسكن معهما سنة ثم غاب فقالت المرأة إني كنت أعطيت ابني شيئا من مالك وحنثت في يمينك إن كذبها الزوج كان القول قوله وإن صدقها الزوج فإن كانت أعطته قبل أن يجيء الابن ويسكن معهما طلقت كذا في فتاوى قاضي خان رجل ادعى على آخر أنه سرق ثوبه فأخذ المدعى عليه ثوب المدعي وقال امرأته طالق كه من جامهء تونبرداشته أم فقد قيل لا تطلق امرأته إن لم يكن سرق ثوبه وقد قيل تطلق قضاء اعتبارا للصورة والأول أظهر رجل سرق من رجل ثوبا ثم أن السارق دفع دراهم إلى المسروق منه فجحده المسروق منه وحلف قال الفقيه أبو القاسم الصفار إن كان الثوب قد ذهب من يد السارق فلا شك أن المسروق منه لا يحنث وإن كان قائما فلا أقول بأنه حانث قالوا إذا كان الثوب قائما فلا شك أنه حانث وإن كان قد ذهب من يد السارق ففيما ذكر من **الجواب** نوع **إشكال** رجل حلف وقال سرق فلان ثيابي أو قال خرق فلان ثيابي وفلان ما سرق إلا ثوبا واحدا وما خرق إلا ثوبا واحدا قال لا يحنث في يمينه وقيل يحنث والأول أظهر كذا في المحيط سكران صحا فقال لأصحابه كان في جيبي خمسة وأربعون درهما فأخذتموها مني فأنكروا فحلف وقال أكرام وزدر جيب من جهل وينجدرهم نبوده است جهل غطريفي وينج عد لي فامرأته كذا وقد كان في جيبه في ذلك اليوم أربعون عدلية وخمسة غطارفة فأصاب في الإجمال وأخطأ في التفصيل قالوا إن وصل التفسير حنث وإن فصل التفسير لا يحنث وإن كان في جيبه غطارفة وعدليات لو ضمت قيمة العدليات إلى الغطارفة تصير أربعين غطريفيا فجمع وقال أكردر جيب من جهل غطريفي نبوده آست جندين غطريفي وجندين عدلي فصدق في المبلغ وأخطأ في التفصيل قالوا إن عنى عين الغطارفة كان حانثا أصاب التفسير أو أخطأ وصل أو فصل كذا في فتاوى قاضي خان ولو حلف أن لا يغصب فلانا شيئا ثم دخل الحالف على المحلوف عليه ليلا فسرق متاعه ولم يعلم المحلوف عليه أو جاءه الحالف في الصحراء وسرق رداءه من تحت رأسه ولم يعلم المحلوف عليه أو طر صرة دراهم في كمه أو دخل عليه ليلا فكابره وضربه وأخرج متاعه وذهب به فإنه لا يكون غاصبا بل يكون سارقا يقطع فيه كذا في خزانة المفتين وإذا حلف

---

(١) ".

" تبعا وكل مال أودعه مسلما أو ذميا فهو له وما سوى ذلك فيء كذا في الكافي إذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ كذا في الهداية من قتل مسلما خطأ لا ولي له أو قتل حربيا دخل دار الإسلام بأمان فأسلم فالدية على عاقلته للإمام وعليه الكفارة وإن كان قتل المسلم الذي لا وارث له والمستأمن الذي أسلم ولم يسلم معه وارث قصدا ولا تبعا بأن لم يكن معه ولد صغير دخل به إلينا عمدا فإن شاء الإمام قتله وإن شاء أخذ الدية منه بطريق الصلح لا الجبر وإما أن يعفوا فليس له ذلك ولو كان المقتول لقيطا فقتله الملتقط أو غيره خطأ فلا **إشكال** في وجوب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه ولو كان القتل عمدا فإن شاء الإمام قتله وإن شاء صالحه على الدية وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى كذا في فتح القدير الأصل أن

---

(١) الفتاوى الهندية، ١٣٣/٢

الدار دليل ظاهر لكون من فيها من أهلها والسيماء أقوى من المكان والبينة أقوى من الكل إذا أسرت سرية قوما وجاءوا بهم فادعوا أنهم من أهل الإسلام أو من أهل الذمة وأنهم أخذونا في دار الإسلام وقالت السرية هم من أهل الحرب أخذناهم في دار الحرب فالقول للأسارى وإن قالوا أخذونا في دار الحرب ولكن نحن من أهل الإسلام أو الذمة ودخلنا دار الحرب مستأمنين للتجارة أو الزيارة أو كنا أسراء في أيديهم لا يقبل قولهم ويسترقون إلا إذا وجد فيهم علامات الإسلام كالختان والخضاب وقص الشارب وقراءة القرآن والفقه وادعوا إسلاما فيندفع عنهم الأسر وكذا إذا وجدت هذه العلامات في سبي في دارهم بعد الظهور ولا تقبل شهادة بعض السرية عليهم لأنها شهادة لنفسه وتقبل شهادة التجار لعدم الشركة وذكر في السير الكبير تقبل واختلاف **الجواب** لاختلاف الوضع فالوضع ثمة في جند عظيم فكانت شركة عامة ولا تمنع القبول كشهادة الفقيرين لبيت المال والوضع هنا في السرية وهذه شركة خاصة فمنعت القبول ولا شهادة لأهل الذمة لهم لأنها شهادة على المسلمين كذا في الكافي الفصل الثالث في هدية ملك أهل الحرب يبعثها إلى أمير جيش المسلمين قال محمد رحمه الله تعالى ما يبعثه ملك العدو من الهدية إلى أمير جيش المسلمين أو إلى الإمام الأكبر وهو مع الجيش فإنه لا بأس بقبولها ويصير فيئا للمسلمين كذلك إذا أهدى ملكهم إلى قائد من قواد المسلمين له منعة ولو كان أهدى إلى واحد من كبار المسلمين ليس له منعة يختص هو بها وفي المنتقى لو أن جندا دخلوا دار الحرب فأهدى أهل الحرب رجلا من الجند أو قائدا من هداياهم فهو غنيمة إلا أن نفل كل رجل ما أهدي إليه قال محمد رحمه الله تعالى وكذلك كل عامل من عمال الخليفة إذا بعثه الخليفة على عمل فأهدي إليه شيء فينبغي للخليفة أن يأخذ ذلك من العامل ويجعله في بيت مال المسلمين إن كان المهدي أهدى إليه بطيب نفسه وإن كان المهدي مكرها في الإهداء ينبغي أن يرد الهدية على المهدي إن قدر عليه وإن لم يقدر عليه يضعها في بيت المال ويكتب عليه قصته وكان حكمه حكم اللقطة ولو أن عسكرا من المسلمين دخلوا دار الحرب فأهدى أميرهم إلى ملك العدو هدية فلا بأس به فإن أهدى إليه ملك العدو بعد ذلك هدية نظر فيما أهدى ملك العدو فإن كانت قيمة ما أهدى ملك العدو مثل قيمة هدية أمير الجيش أو أكثر يتغابن الناس في مثله كانت للأمير خاصة وإن كانت قيمة هدية ملك العدو أكثر من قيمة هدية الأمير بحيث لا يتغابن الناس في مثله فالزيادة على هدية الأمير تكون غنيمة وكذلك لو أن أمير الثغور أهدى إلى ملك العدو هدية وأهدى ملك العدو إليه

". (١)

" ليشتري المستقرض من المقرض متاعا بثمن غال فهو مكروه وإن لم يكن شراء المتاع مشروطا في القرض ولكن المستقرض اشترى من المقرض بعد القرض بثمن غال فعلى قول الكرخي لا بأس به وذكر الخصاف في كتابه وقال ما أحب له ذلك وذكر شمس الأئمة الحلواني أنه حرام وذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب الصرف أن السلف كانوا يكرهون ذلك إلا أن الخصاف لم يذكر الكراهة إنما قال لا أحب له ذلك فهو قريب من الكراهة لكنه دون الكراهة ومحمد رحمه الله تعالى لم ير بذلك بأسا فإنه قال في كتاب الصرف المستقرض إذا أهدى للمقرض شيئا لا بأس به من غير فصل فهذا دليل على

(١) الفتاوى الهندية، ٢/٢٣٦

أنه رفض قول السلف قال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله تعالى ما نقل عن السلف محمول على ما إذا كانت المنفعة وهي شراء المتاع بثمن غال مشروطة في الاستقراض وذلك مكروه بلا خلاف وما ذكر محمد رحمه الله تعالى محمول على إذا لم تكن المنفعة وهي الهدية مشروطة في القرض وذلك لا يكره بلا خلاف هذا إذا تقدم القرض على البيع فأما إذا تقدم البيع على القرض وصورة ذلك رجل طلب من رجل أن يعامله بمائة دينار فباع المطلوب منه المعاملة من الطالب ثوبا قيمته عشرون دينارا بأربعين دينارا ثم أقرض ستين دينارا حتى صار للمقرض على المستقرض مائة دينار وحصل للمستقرض ثمانون دينارا فذكر الخصاف أن هذا جائز وهذا مذهب محمد بن سلمة إمام بلخ فإنه روى أنه كان له سلع وكان إذا استقرض إنسانا منه شيئا كأن يبيعه أولا سلعة بثمن غال ثم يقرضه بعض الدنانير إلى تمام حاجته وكثير من المشايخ كانوا يكرهون ذلك وكانوا يقولون هذا قرض جر نفعا ومن المشايخ من قال إن كانا في مجلس واحد يكره وإن كانا في مجلسين مختلفين لا بأس به وكان الشيخ شمس الأئمة الحلواني يفتي بقول الخصاف وبقول محمد بن سلمة كذا في المحيط ولا بأس بهدية من عليه القرض والأفضل أن يتورع من قبول الهدية إذا علم أنه يعطيه لأجل القرض وإن علم أنه يعطيه لا لأجل القرض بل لقرابة أو صداقة بينهما لا يتورع عنه وكذا لو كان المستقرض معروفا بالجود والسخاء كذا في محيط السرخسي وإن لم يكن شيء من ذلك فالحالة حالة **الإشكال** فيتورع عنه حتى يتبين أنه أهدى لا لأجل الدين قال محمد رحمه الله تعالى لا بأس بأن يجيب دعوة من كان عليه دين قال شيخ الإسلام هذا **جواب** الحكم فأما الأفضل فأن يتورع عن الإجابة إذا علم أنه لأجل الدين أو أشكل عليه الحال قال شمس الأئمة ما ذكر محمد رحمه الله تعالى محمول على ما إذا كان يدعوه قبل الإقراض أما إذا كان لا يدعوه أو كان يدعوه قبله في كل عشرين يوما وبعد الإقراض جعل يدعوه في كل عشرة أيام أو زاد في الباجات فإنه لا يحل ويكون خبيثا وإذا رجح في بدل القرض ولم يكن الرجحان مشروطا في القرض فلا بأس به كذا في المحيط رجل له على رجل دراهم فظفر بدراهم مديونه كان له أن يأخذ دراهم المديون إذا لم تكن دراهم المديون

". (١)

" المعلم أو إلى المؤدب في النيروز أو في المهرجان أو في العيد قال إذا لم يسأل ولم يلح عليه في ذلك فلا بأس به كذا في الحاوي للفتاوى وسئل الحلواني عمن علق كوزه أو وضعه في سطحه فأمطر السحاب وامتلأ الكوز من المطر فجاء إنسان وأخذ ذلك الكوز مع الماء هل لصاحب الكوز أن يسترد الكوز مع الماء فقال نعم قال رضي الله عنه **وجوابه** في الكوز مما لا **إشكال** فيه فأما في الماء فإنه ينظر إن كان أعده لذلك حينئذ يسترده وإن لم يعده لذلك لم يسترده كذا في التتارخانية وقبول الهبة والصدقة على اللقيط إلى الملتقط وقبضه جائز استحسانا كذا في الملتقط لقيط في يد ملتقط نقله وينفق عليه وليس لهذا الصغير أحد سواه جاز للأجنبي أن يقبض ما وهب من الصغير وإن كان الصغير من أهل أن يقبض بنفسه ولهذا الأجنبي أن يسلمه لتعليم الأعمال وليس لأجنبي آخر أن يسترد منه نص عليه السرخسي في كتاب الهبة كذا في الصغرى وسئل علي بن أحمد رحمه الله تعالى عن رجل دخل الحمام وقد دفع إلى صاحب الحمام الأجرة فاغترف من الإناء ماء بإناء

(١) الفتاوى الهندية، ٢٠٣/٣

دفعه إليه صاحب الحمام كما هو العادة في بلدنا هل يصير ذلك الماء ملكا للمغترف أم يكون ذلك لصاحب الحمام ويكون منه إباحة للداخلين فقال صار أحق به من غيره ولكن ما صارت ملكا له كذا في التتارخانية دفع إلى أجنبية عينا لإرادة الزنا فإن قال دفعت إليك لأزني بك فله الطلب وإن وهبها إرادة الزنا وهي قائمة فله الاسترداد وإلا فلا كذا في القنية وفي فوائد شمس الإسلام إذا خوف امرأته بالضرب حتى وهبت مهرها لا تصح إن كان قادرا على الضرب كذا في الخلاصة وسئل والدي عمن خاصم زوجته وآذاها بالضرب والشتم حتى وهبت الصداق منه ولم يعوضها هل لها حق الرجوع فقال هذه البراءة باطلة كذا في التتارخانية في فتاوى النسفي سئل نجم الدين عن امرأة أعطت زوجها مالا بسؤاله ليتوسع بالتصرف فيه في المعيشة فظفر بالزوج بعض غرماء الزوج واستولى على ذلك المال هل للمرأة أن تأخذ ذلك المال من ذلك الغريم قال إن كانت وهبته من الزوج أو أقرضته منه فلا وإن كانت أعطته ليتصرف فيه على ملكها فلها ذلك كذا في المحيط هبة البناء بدون الأرض جائزة كذا في الذخيرة ويدخل في هبة الأرض ما يدخل في بيعها من الأبنية والأشجار من غير ذكر وكذا في الصلح على أرض أو عنها تدخل ولا يدخل الزرع في الصلح من غير ذكر قال ركن الإسلام الصباغي الزرع يدخل في الرهن والإقرار والفيء بغير ذكر ولا تدخل في البيع والقسمة والوصية والإجارة والنكاح والوقف والهبة والصدقة وفي القضاء بالملك المطلق ولا يدخل الثمار والأوراق المتقومة في هبة الأشجار بغير ذكر فإذا لم يذكر وفيها ثمر وورق فسدت الهبة لأنه يمنع التسليم كذا في القنية في اليتيمة سئل والدي عن رجل قال لآخر ادفع لي إصطبلك حتى تكون فيه دابتي فدفعه له لمن يكون السرقين قال لصاحب الدابة قال رضي الله تعالى عنه وهكذا أجاب به علي بن الحسين السغدي وسئل على مرة أخرى فقال هو لمن ألقى الحشيش سواء كان غاصبا للإصطبل أو مستعيرا أو غاصبا للدابة أو مستعيرا لها إلا أن يكون جعل لذلك موضعا معروفا أو قال صاحب الإصطبل لصاحب الدابة ادفع لي دابتك حتى تبيت في إصطبلي فحينئذ يكون لصاحب الإصطبل كذا في التتارخانية وفي فتاوى النسفي رجل قال لامرأته بين يدي الشهود غفر الله لك حيث وهبت لي المهر الذي لك علي فقالت آرى بخشيدم فقال الشهود هل نشهد على هبتك فقالت هزارتن كواه باشيد فقال يعرف الرد والتصديق في أثناء كلامها فيحمل على ما ترون كذا في الذخيرة إذا وهب ابنته من رجل كان نكاحا ولو وهب امرأته من نفسها كان طلاقا ولو وهب عبده من نفسه كان عتقا كذا في خزانة الفتاوى وفي جامع الفتاوى عبد مديون وهب فأراد الغرماء نقض الهبة فللغرماء ذلك فلو فدى الواهب أو الموهوب له قبل النقض تمضي

".(١)

" قد سقط ولم يثبت للوارث دين آخر لأنه شرط ألا يرجع فأما إذا شرط الرجوع أو سكت فالقسمة مردودة إلا أن يقضوا حق القاضي من مالهم لأن دين القاضي في التركة بمنزلة دين الغريم وهذا **الجواب** ظاهر فيما إذا شرط الرجوع مشكل فيما إذا سكت وينبغي أن يجعل متطوعا إذا سكت **والجواب** أنا لم نجعله متطوعا لأنه مضطر في القضاء ألا يرى أن الغريم لو قدمه إلى القاضي قضى القاضي عليه بجميع الدين لأنه لا ميراث إلا بعد الدين ثم ما ذكر أن الورثة إذا اقتسموا التركة

---

(١) الفتاوى الهندية، ٤/٤٠٤

ثم ظهر وارث آخر أو موصى له بالثلث أو الربع فالقاضي ينقض القسمة فذلك إذا كانت القسمة بغير قضاء قاض وأما إذا كانت القسمة بقضاء قاض ثم ظهر وارث آخر أو موصى له بالثلث فالوارث لا ينقض القسمة إذا عزل القاضي نصيبه وأما الموصى له فقد اختلف فيه المشايخ قال بعضهم لا ينقض القسمة وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى وهو الأصح وبعضهم قالوا ينقض هكذا في المحيط ولو تبرع إنسان بقضاء دين الميت لا يكون للغريم حق نقض القسمة كذا في الذخيرة أرادوا قسمة التركة وفيها دين فالحيلة فيها أن يضمن أجنبي بإذن الغريم بشرط براءة الميت وإن لم يكن الضمان بشرط براءة الميت لا تنفذ القسمة لأنه إذا كان بشرط براءة الميت يكون حوالة فينقل الدين إليه وتخلو التركة عن الدين كذا في الوجيز للكردري ولو قضى الدين بعض الورثة فله الرجوع على الباقين شرط أو لم يشرط إلا أن يتبرع لأن كل واحد من الورثة مطالب حتى لو قدمه الغريم إلى القاضي قضى عليه بجميع الدين فكان مجبرا على القضاء ومضطرا فلا يكون متبرعا إلا إذا قصد بذلك التبرع بأن شرط أن لا يرجع عليهم وإذا اقتسمت الورثة دارا وفيهم امرأة الميت ثم ادعت بعد القسمة مهرا على زوجها وأقامت بينة نقضت القسمة كذا في محيط السرخسي وإذا ادعى بعض الورثة دينا في التركة بعد تمام القسمة صحت دعواه وسمعت بينته وله أن ينقض القسمة كذا في المحيط ميراث بين قوم لم يكن هناك دين ولا وصية فمات بعض الورثة وعلى الميت الثاني دين أو أوصى بوصية أو كان له وارث غائب أو صغير فاقتسمت الورثة ميراث الميت الأول بغير قضاء كان لغرماء الميت الثاني أن يطلبوا القسمة وكذلك لصاحب الوصية والوارث الغائب والصغير كذا في التتارخانية ولو أن وارثا ادعى لابن له صغير وصية بالثلث وأقام البينة وقد قسموا الدار فإن هذه القسمة لا تبطل حق ابنه في الوصية إلا أن الأب ليس له أن يطلب وصية ابنه ولا أن يبطل القسمة لأن القسمة تمت به ومن سعى في نقض ما تم به ضل سعيه وإقدامه على القسمة اعتراف بأن لا وصية لابنه بخلاف الدين وللابن إذا كبر أن يطلب حقه ويرد القسمة كذا في الظهيرية وإذا كانت الدار بين قوم فاقتسموها على قدر من ميراثهم من أبيهم ثم ادعى أحدهم أن أخا له من أبيه وأمه قد ورث أباه معهم وأنه مات بعد أبيه فورثه هو وأراد ميراثه منه وقال إنما قسمتم لي ميراثي من أبي ولم يكتبوا في القسمة أنه لا حق لبعضهم فيما أصاب البعض وأقام البينة على ذلك لم تقبل بينته ولم تنقض القسمة وإن كانوا كتبوا في القسمة أنه لا حق لبعضهم فيما أصاب البعض فهو نفي لدعواه ومراده من قوله ولم يكتبوا إزالة **الإشكال** وبيان التسوية في الفصلين في **الجواب** وكذلك إن أقام البينة أنه اشتراها من أبيه في حياته أو أنه وهبها له وقبضها منه أو أنها كانت لأمه ورثها منها لم تقبل بينته كذا في المبسوط وإذا كانت الدار بين قوم فاقتسموها على قدر من ميراثهم من أبيهم ثم ادعى أحدهم أن أخا له من أبيه وأمه قد ورث أباه معهم وأنه مات بعد أبيه فورثه هو وأراد ميراثه منه وقال إنما قسمتم لي ميراثي من أبي ولم يكتبوا في القسمة أنه لا حق لبعضهم فيما أصاب البعض وأقام البينة على ذلك لم تقبل بينته ولم تنقض القسمة وإن كانوا كتبوا في القسمة أنه لا حق لبعضهم فيما أصاب البعض فهو نفي لدعواه ومراده من قوله ولم يكتبوا إزالة **الإشكال** وبيان التسوية في الفصلين في **الجواب** وكذلك إن أقام البينة أنه اشتراها من أبيه في حياته أو أنه وهبها له وقبضها منه أو أنها كانت لأمه ورثها منها لم تقبل بينته كذا في المبسوط وإذا قسمت الورثة الدين فيما بينهم فإن كان الدين للميت فاقتسموا الدين والعين جملة بأن شرطوا في القسمة أن الدين الذي على فلان لهذا الوارث مع هذه العين والدين الذي على فلان الآخر لهذا الوارث الآخر

مع هذه العين فهذه القسمة باطلة في الدين والعين جميعا وإن اقتسموا الأعيان ثم اقتسموا الديون فقسمة الأعيان صحيحة وقسمة الديون باطلة وإذا كان الدين على الميت واقتسموا على أن يضمن كل واحد منهم دين غريم على حدة أو اقتسموا على أن يضمن أحدهم سائر الديون فإن كان الضمان مشروطا في القسمة فالقسمة فاسدة وإن لم يكن الضمان مشروطا في القسمة إنما ضمن بعد القسمة بغير شرط إن ضمن بشرط إتباع

". (١)

" بيع المنافع باطل والإجارة لا تنعقد بلفظ البيع والشراء لأن البيع والشراء عقد يرد على ما له مالية والمنافع لا مالية فيها فلا يرد عليها البيع كذا هنا في مسألتنا ويدل عليه حق الشفعة فإن المشتري إذا اشترى من الشفيع حقه بمال كان الشراء باطلا وكان ذلك تسليما للشفعة وإبطالا لحقه قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى وجدت هذه المسألة مشكلة ليس لها في الأمة من يفتحها وإنما تشكل هذه المسألة **لإشكال** هذا الأصل أن البيع لا يرد إلا على ما له مالية وثمنية بدليل ما ذكرنا من المسائل وتشكل هذه بمسألة الطلاق فإن المرأة إذا قالت لزوجها اشتريت طلاقي منك بكذا فقال الزوج بعت صح ويقع الطلاق وكذا لو با ع الزوج منها طلاقها بمال أو با ع بضعها منها بمال واشترت منه يصح ويجب البدل ولا مالية في نفسها ولا ثمنية وكذا لا مالية في طلاقها ولا ثمنية ومع ذلك صح بلفظ البيع وصحة الطلاق بلفظ البيع تقتضي جواز عقد الإجارة بلفظ البيع وجواز بيع المنافع وجواز بيع الوصية قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى إن مشايخنا رحمهم الله تعالى تكلفوا للفرق بينهما ولم يمكنهم ذلك فإن الكرخي رحمه الله تعالى أعياه الفرق بينهما حتى رجع عن قول العلماء وقال بأن الإجارة تنعقد بلفظ البيع وعلى قياس قوله في انعقاد الإجارة بلفظ البيع ينبغي أن يقال بجواز بيع الموصى له وصيته من الوارث بمال ولكن ظاهر المبسوط يخالفه وإذا لم يجز للوارث أن يشتري من الموصى له وصيته بمال كيف الحيلة والثقة للوارث فيه فالحيلة فيه أن يصالح الوارث الموصى له من وصيته على دراهم مسماة يدفعها إليه فيجوز ويبطل حق صاحب الخدمة ويصير العبد للوارث يصنع به ما بدا له من بيع أو غيره وكان ينبغي أن لا يجوز هذا الصلح لأن هذا الصلح وقع على خلاف جنس حقه والصلح إذا كان واقعا على خلاف جنس الحق يعتبر معاوضة وتمليكا وتعذر اعتبار هذا الصلح تمليكا لأن الموصى له ملك خدمة العبد بغير عوض ومن ملك منفعة بغير عوض لا يملك التمليك من غيره بعوض كالمستعير **والجواب** عن هذا أن يقال بأن الصلح متى تعذر اعتباره تمليكا فإنه معتبر إسقاطا من كل وجه كذا في المحيط الفصل الرابع والعشرون في الرهن رجل أراد أن يرهن نصف داره أو نصف ضياعه شائعا لا يجوز عندنا والمسألة معروفة فإن طلبا حيلة فالحيلة في ذلك أن يبيع نصف داره أو نصف ضياعه بالمال الذي يريد استقراضه على أن المشتري فيه بالخيار ثلاثة أيام فإذا تقابضا فسخ المشتري العقد فيبقى المبيع في يده على حكم الرهن بذلك الثمن إن هلك هلك بالثمن وإن دخله عيب ذهب من الثمن بقدره هكذا ذكر الخصاف رحمه الله تعالى في حيله فهذه المسألة نص على أن المشترى في

---

(١) الفتاوى الهندية، ٢٢٢/٥

"من الزكاة وعند الآخر يسقط عنه مقدار زكاة المؤدى وقد بينا هذا في كتاب الزكاة
". [1]

(قال): وإن تصدق رجل عنه بأمره من مال نفسه جاز؛ لأن الصدقة تجزي فيها النيابة فأداء الغير بأمر كأدائه بنفسه، وهذا لحصول المقصود به، وهو إغناء المحتاج ثم لا يكون للمؤدي أن يرجع عليه بدون الشرط بخلاف ما لو قضى دينه بأمره فإن الدين كان واجبا في ذمته، وكان هو مطلوبا به مجبرا على قضائه فإذا ملكه المؤدي ببدل أداه من عند نفسه بأمره رجع به عليه، ولا يوجد مثله في الزكاة فإنه كان مخيرا بأدائه، ولا يجبر عليه في الحكم فلم يكن المؤدي مملكا شيئا منه فلا يرجع بدون شرط كما لو عوض عن هبته بأمره، وإن تصدق عنه بغير أمره لم يجز عن الزكاة لانعدام النية منه، وهذا؛ لأن معنى الابتلاء مطلوب في العبادة، ذلك لا يتحقق بأداء الغير بدون أمر من وجبت عليه الزكاة

(قال): ولو أن رجلا له جارية للتجارة حال عليها الحول وهي تساوي مائتي درهم فصارت تساوي أربعمائة درهم ثم اعورت فصارت قيمتها مائة درهم فعليه أن يؤدي الزكاة عن مائة درهم؛ لأن الزيادة الحادثة كانت تبعا للأصل فيجعل ما هلك من الزيادة أولا ويصير ذلك كأن لم يكن فكأنها اعورت حين كان قيمتها مائتي درهم، وتراجعت قيمتها إلى مائة فيسقط عنه نصف الزكاة باعتبار ما هلك، ويبقى النصف باعتبار ما بقي.
ولو كانت عنده جارية قيمتها مائتا درهم حال عليها الحول ثم باعها بثلثمائة درهم ثم توت منه مائتا درهم فعليه أن يزكي المائة؛ لأن الربح كان تبعا للأصل فما توي من الربح صار كأنه لم يكن، وكأنه باعها بمائتين فتوت مائة واستوفى مائة فيلزمه زكاة المائة اعتبارا للبعض بالكل

(قال): رجل له ألف درهم على غني أو فقير فحال عليها الحول ثم تصدق بها عليه، أو أبرأه منها فلا زكاة عليه فيها، ولا تجزيه من زكاة غيرها، وإن نوى ذلك وقد بينا أن أداء الدين بزكاة المال العين لا يجوز؛ لأن العين أكمل من الدين في المالية أما زكاة هذه الألف فلا **إشكال** أنها تسقط عنه إذا كان المديون فقيرا لأنه أوصل الحق إلى مستحقه، وإن كان المديون غنيا فكذلك **الجواب** في رواية هذا الكتاب وفي رواية الجامع قال يكون ضامنا زكاتها. وجه تلك الرواية أنه كان المال عينا في يده فوهبه من غني بعد وجوب الزكاة عليه صار مستهلكا حق الفقراء ضامنا للزكاة فكذلك إذا كان دينا فأبرأه منه؛ لأنه لا حق في الزكاة للغني فلا يكون في فعله إيصال الحق إلى مستحقه.
وجه هذه الرواية أن أداء الزكاة عن الدين." [2]

(١) الفتاوى الهندية، ٤٢٩/٦

(٢) المبسوط للسرخسي السرخسي ٣٥/٣

"في المريض نصا، ولكن أطلق **الجواب** في حق من كان مقيما أنه يكون صومه عن فرض رمضان، وهو الصحيح؛ لأنه لا فرق في ذلك بين المريض والصحيح؛ لأن المريض إنما يباح له الترخص بالفطر إذا كان عاجزا عن الصوم فأما إذا كان قادرا على الصوم فهو والصحيح سواء فيكون صومه عن فرض رمضان.

وأما المسافر إذا نوى التطوع في رمضان فلا **إشكال** في قولهما أنه يكون صومه عن فرض رمضان وعن أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – فيه روايتان وجه قولهما أن المسافر إنما يفارق المقيم في الترخص بالفطر فإذا ترك هذا الترخص كان هو والمقيم سواء، وصوم المقيم لا يكون إلا عن رمضان؛ لأنه لم يشرع في هذا الزمان إلا هذا الصوم فنيته جهة أخرى تكون لغوا فكذلك في حق المسافر ولأبي حنيفة – رحمه الله تعالى – حرفان أحدهما: أن أداء صوم رمضان غير مستحق على المسافر في هذا الوقت ولكنه مخير بين الصوم والفطر مع قدرته على الصوم كالمقيم في شعبان ثم هناك يتأدى صومه عما نوى فكذلك هنا، وعلى هذا الطريق يقول: إذا نوى التطوع يكون صومه عن التطوع، والطريق الآخر أنه ما ترك الترخص حين نوى واجبا آخر كان مؤاخذا به، ولكنه صرف صومه إلى ما هو أهم عليه؛ لأن الواجب الآخر دين في ذمته لو مات قبل إدراك عدة من أيام أخر كان مؤاخذا به فيكون هو مترخصا بصرف الصوم إلى ما هو الأهم فإنه في رمضان لو مات قبل إدراك عدة من أيام أخر لم يكن مؤاخذا به، وعلى هذا الطريق يقول: إذا نوى التطوع كان صائما عن الفرض؛ لأنه ترك الترخص حين لم يصرف الصوم إلى ما هو الأهم عنده وإذا ترك الترخص كان هو والمقيم سواء فيكون صومه عن رمضان.

ولو قال: لله علي أن أصوم هذا اليوم شهرا فعليه أن يصوم ذلك اليوم كلما دار إلى تمام ثلاثين يوما منذ قال هذا القول فيكون صومه في أربعة أيام أو خمسة أيام من الشهر؛ لأن معنى كلامه لله علي أن أصوم هذا اليوم كلما دار في شهر ويتعين له الشهر الذي يعقب نذره بمنزلة ما لو أجر داره شهرا ولو قال: لله علي أن أصوم هذا الشهر يوما كان عليه أن يصوم ذلك الشهر متى شاء، وهو في سعة ما بينه وبين أن يموت؛ لأن معنى كلامه لله علي أن أصوم هذا الشهر وقتا من الأوقات فيكون موسعا عليه في مدة عمره وحقيقة الفرق أن اليوم قد يكون بمعنى الوقت قال الله تعالى: ﴿ومن يولهم يومئذ دبره﴾ [الأنفال: ١٦] والمراد منه الوقت، والرجل يقول: أنتظر يوم فلان أي وقت إقباله أو إدباره وقد يكون عبارة عن بياض النهار." (١)

"المسألة مع أخواتها في كتاب العتاق.

وإذا مات المستأمن في دار الإسلام عن مال، وورثته في دار الحرب وقف ماله حتى يقدم ورثته؛ لأنه وإن كان في دارنا صورة فهو في الحكم كأنه في دار الحرب فيخلفه ورثته في دار الحرب في أملاكه، وبموته في دارنا لا يبطل حكم الأمان الذي كان ثبت له بل ذلك باق في ماله فيوقف لحقه حتى يقدم ورثته، وإذا قدموا فلا بد من أن يقيموا البينة ليأخذوا المال؛ لأنهم بمجرد الدعوى لا يستحقون شيئا، فإن أقاموا بينة من أهل الذمة ففي القياس لا تقبل هذه البينة؛ لأن المال في يد إمام

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٤٣/٣

المسلمين، وحاجتهم إلى استحقاق اليد على المسلمين، وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة في الاستحقاق على المسلمين، وفي الاستحسان تقبل شهادتهم، ويدفع المال إليهم إذا شهدوا أنهم لا يعلمون وارثا غيرهم؛ لأنهم يستحقون المال على المستأمن، فإن المال موقوف لحقه، وشهادة أهل الذمة حجة على المستأمن، ولأنهم لا يجدون شهودا مسلمين على وراثتهم عادة فإن أنسابهم في دار الحرب لا يعرفها المسلمون فهو بمنزلة شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال، ويؤخذ منهم كفيل بما أدرك في المال من درك، قيل: هو قولهما دون قول أبي حنيفة رحمهم الله تعالى كما فيما بين المسلمين، وقيل: بل هذا قولهم جميعا؛ لأن المال مدفوع إليهم بحجة ضعيفة فلا يدفع إلا بعد الاحتياط بكفيل، ولا يقبل كتاب ملكهم في ذلك؛ لأن ملكهم كافر لا أمان له، ولو شهد لم تقبل شهادته فكيف يقبل كتابه، وإن شهد على كتابه وختمه قوم من المسلمين فكذلك **الجواب**؛ لأنه في حق المسلمين كواحد من العوام أو دونه، وكتابه وختمه لا يكون حجة.

وإذا أراد الحربي المستأمن أن يرجع إلى دار الحرب لم يترك أن يخرج معه كراعا وسلاحا أو حديدا أو رقيقا اشتراهم في دار الإسلام مسلمين أو كفارا كما لا يترك تجار المسلمين ليحملوا إليهم هذه الأشياء، وهذا لأنهم يتقوون بها على المسلمين، ولا يجوز إعطاء الأمان له ليكتسب به ما يكون قوة لأهل الحرب على قتال المسلمين، وفي العبيد لا **إشكال**؛ لأنهم مسلمون وأهل الذمة فلا يترك أن يدخل بهم ليعودوا حربا للمسلمين، ولا يمنع أن يرجع بما جاء به من هذه الأشياء؛ لأنه كان معه في دار الحرب فبإعادته لا يزدادون قوة لم تكن لهم بخلاف ما اشتراه في دار الإسلام، ولأنا أمناه على ما في يده من المال، وكما لا يمنع هو من الرجوع للوفاء بذلك الأمان فكذلك لا يمنع من أن يرجع بما جاء به.
فإن كان جاء بسيف فباعه، واشترى مكانه قوسا أو رمحا أو ترسا لم يترك أن يخرج به مكان سيفه." (١)
"لا يحتمل صدقة التطوع.

قال (وإذا اشترى أضحية، ثم باعها فاشترى مثلها فلا بأس بذلك)؛ لأن بنفس الشراء لا تتعين الأضحية قبل أن يوجبها، وبعد الإيجاب يجوز بيعها في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويكره، وفي قول أبي يوسف - رحمه الله - لا يجوز لتعلق حق الله تعالى بعينها، ولكنهما يقولان تعلق حق الله تعالى بها لا يزيل ملكه عنها، ولا يعجزه عن تسليمها وجواز البيع باعتبار الملك والقدرة على التسليم ألا ترى أنا نجوز بيع مال الزكاة لهذا.
والأصل فيه ما روي أن «النبي - عليه الصلاة والسلام - دفع دينارا إلى حكيم بن حزام - رضي الله عنه - ليشتري له شاة للأضحية فاشترى شاة، ثم باعها بدينارين، ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأخبره بذلك. فقال - صلى الله عليه وسلم - بارك الله في صفقتك أما الشاة فضح بها وأما الدينار فتصدق به» فقد جوز رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بيعه بعد ما اشتراها للأضحية، وإن كانت الثانية شرا من الأولى، وقد كان أوجب الأولى فتصدق بالفضل فيما بين القيمتين أما جواز الثانية عن الأضحية فلاستجماع شرائط الجواز وأما التصدق

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٩١/١٠

فإنه لما أوجب الأولى فقد جعل ذلك القدر من ماله لله تعالى فلا يكون له أن يستفضل شيئا منه لنفسه فيتصدق بفضل القيمة كما أمر رسول الله – صلى الله عليه وسلم – حكيم بن حزام – رضي الله عنه – بالتصدق بالدينار.

ومن أصحابنا – رحمهم الله – من قال هذا إذا كان فقيرا أما إذا كان غنيا ممن يجب عليه الأضحية فليس عليه أن يتصدق بفضل القيمة؛ لأن في حق الغني الوجوب عليه بإيجاب الشرع فلا يتعين بتعيينه في هذا المحل ألا ترى أنها لو هلكت بقيت الأضحية عليه. فإذا كان ما يضحي به محلا صالحا لم يلزمه شيء آخر وأما الفقير فليس عليه أضحية شرعا، وإنما لزمه بالتزامه في هذا المحل بعينه؛ ولهذا لو هلكت لم يلزمه شيء آخر. فإذا استفضل لنفسه شيئا مما التزمه كان عليه أن يتصدق به.

قال الشيخ الإمام والأصح عندي أن **الجواب** فيهما سواء؛ لأن الأضحية، وإن كانت واجبة على الغني في ذمته فهو متمكن من تعيين الواجب في محل فيتعين بتعيينه في هذا المحل من حيث قدر المالية؛ لأنه تعيين مقيد، وإن كان لا يتعين من حيث فراغ الذمة.

قال (والأضحية أحب إلي من التصدق بمثل ثمنها) والمراد في أيام النحر؛ لأن الواجب التقرب بإراقة الدم، ولا يحصل ذلك بالتصدق بالقيمة ففي حق الموسر الذي يلزمه ذلك لا **إشكال** أنه لا يلزمه التصدق بقيمته، وهذا؛ لأنه لا قيمة لإراقة الدم وإقامة المتقوم مقام ما ليس بمتقوم لا تجوز وإراقة الدم خالص حق الله تعالى، ولا وجه للتعليل فيما هو خالص حق الله تعالى وأشرنا." (١)

"قرابته القريبة يثبت هذا القدر من الولاية كقرابة العم لقرابة الأخ ثم تأيدت قرابة العم بكون اليتيم في عياله؛ فتتم الهبة له بقبضه قال: وكذلك إن كان له، وصي فوهب له هبة – وهو في عياله – وأشهد على ذلك، وأعلمه: جاز، وقبل مراده وصي الأم أو الأخ فأما وصي الأب والجد فله أن يقبض ما يوهب له – سواء كان في عياله أو لم يكن –؛ لأنه قائم مقام الوصي في الولاية في ماله مطلقا سواء كان هو الواهب له أو غيره.

قال: (فإن كان رجل أجنبي يعول يتيما، وليس بوصي له، ولا بينهما قرابة، وليس لهذا الوصي أحد سواه: جاز له ما يوهب له – استحسانا –)، وفي القياس: لا يجوز؛ لأنه لا ولاية له عليه، وهو متبرع في تربيته، والإنفاق عليه فكان كسائر الأجانب فيما ينبني على الولاية، ولكنه استحسن فقال: فيما يتمحض منفعة لليتيم، فمن يعوله خلف عن وليه؛ ألا ترى أنه أحق بحفظه وتربيته. لو أراد أجنبي آخر أن ينتزعه من يده لم يكن له ذلك، وأن يسلمه في تعليم الأعمال فيكون في ذلك بمنزلة وليه، والخلف يعمل عمل الأصل عند عدم الأصل، وإنما أثبتنا هذه الخلافة توفيرا للمنفعة على الصغير؛ لأنه يقرب إلى المنافع، ويبعد عن المضار، وفي قبض الهبة محض منفعة له فإذا ثبت أن له أن يقبض هبة الغير له، فكذلك إذا كان هو الواهب فأعملها وأبانها: فهو جائز، وقبضه له قبض، ويستوي إن كان الصبي يعقل أو لا يعقل. وفيه نوع **إشكال**؛ لأنه إذا

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٢/١٣

كان يعقل فهو من أهل أن يقبض بنفسه؛ فلا حاجة إلى اعتبار الخلف هاهنا ولكن **الجواب** أن يقول: يقبض لا باعتبار الولاية على نفسه فالصغير تبقى ولايته عن نفسه، ولكن لتوفير المنفعة عليه، وفي اعتبار قبض من يعوله مع ذلك معنى توفير المنفعة أظهر؛ لأنه ينفتح عليه بابان لتحصيل هذه المنفعة بخلاف الولد الكبير؛ لأنه يقبض هناك بولايته على نفسه، وولاية الغير خلف، فلا يظهر عند ظهور الأصل.

قال: (وكل يتيم في حجر أخ أو عم يعوله فوهب له رجل هبة، فإنما يقبضها الذي يعوله إذا كان هو صغيرا لا يحسن القبض)، وكذلك إن كان عاقلا يحسن القبض فقبض له من يعوله: جاز – لما بينا – وإن قبض الصغير بنفسه ففي القياس: لا يجوز قبضه – وهو قول الشافعي؛ لأنه لا معتبر قبل البلوغ خصوصا فيما يمكن تحصيله له بغيره، فإن اعتبار عقله: للضرورة، وذلك فيما لا يمكن تحصيله له بغيره، فأما فيما يمكن تحصيله له بغيره، فلا تتحقق الضرورة ولهذا لم يعتبر الشافعي – رحمه الله – عقله في صحة إسلامه واعتبره في وصيته، واختياره أحد الأبوين؛ لأن ذلك لا يمكن تحصيله له بغيره. وجه الاستحسان: أنه إنما لا يعتبر عقله لدفع الضرر عنه،." (١)

"لأن في المسلم فيه لا تعتبر المماثلة وإنما يعتبر الإعلام على وجه لا يبقى بينهما منازعة في التسليم وذلك يحصل بذكر الوزن كما يحصل بذكر الكيل وبهذه المسألة يتبين **الجواب** عن **الإشكال** الذي ذكرنا في مسألة علة الربا على من علل في مسألة بيع الحفنة بالحفنتين أنه إنما جاز لأن للجودة من الحفنة فيما عند مقابلتها بجنسها لأن سقوط قيمة الجودة باعتبار كون المال من ذوات الأمثال

والمماثلة بالمعيار ولا معيار للحفنة بخلاف القفيز فزد على هذا الكلام مسألة الغصب وهو أن يقال لا قيمة للجودة من الحفنة أيضا حتى إذا غصب حفنة من حنطة وذهبت جودتها عنده فاستردها صاحبها لم يكن له أن يضمن الغاصب النقصان لأنا نقول لا قيمة للجودة منها لأنها موزونة لا لأنها مكيلة وكما أن اعتبار الكيل يسقط قيمة الجودة فكذلك باعتبار الوزن إلا أن الشرع أسقط اعتبار الوزن في الحنطة في حكم الربا حيث نص على المماثلة فيه كيلا بقوله – صلى الله عليه وسلم – «الحنطة بالحنطة كيل بكيل» فلذا جوزنا بيع الحفنة بالحفنتين ولم يجعل للجودة من الحفنة قيمة في الغصب كما جوزنا السلم في الحنطة بذكر الوزن

قال: (ولا خير في شراء التمر على رءوس النخل بالتمر كيلا أو مجازفة عندنا) وقال: الشافعي يجوز شراء التمر على رءوس النخل بتمر مجذوذ على الأرض خرصا فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق وله في مقدار خمسة أوسق قولان وحجته في ذلك حديث أبي هريرة «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – نهى عن المزابنة ورخص في العرايا» وهي أن تباع بخرصها فيما دون خمسة أوسق.

والدليل على أن المراد بالعراية التي رخص فيها رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ما قلنا قول زيد بن ثابت – رضي الله

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٦٢/١٢

تعالى عنه – فإنه لما سئل ما عراياكم هذه قال: إن الرطب ليأتينا ولم يكن في أيدينا بعد ما نبتاعه به وعندنا فضالات من التمر فرخص لنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن نبتاع بخرصها تمرا فنأكل مع اليابس الرطب ولأن ما على رءوس النخل لا يتأتى فيها الكيل فأقام الشرع الخرص فيها مقام الكيل للحاجة تيسيرا بخلاف ما إذا كانا موضوعين على الأرض وهذه الحاجة في القليل دون الكثير والتفاوت مع الخرص ينعدم أو يقل في القليل ويكثر في الكثير.

والفرق بين التفاوت الكثير واليسير في التبرع أصل حتى إن الزيادة تدخل في الكيلين يجعل عفوا بخلاف ما زاد على ذلك وحجتنا في ذلك قوله – صلى الله عليه وسلم – «التمر بالتمر كيل بكيل» وما على رءوس النخل تمر فلا يجوز بيعه بالتمر إلا كيلا بكيل وهذا الحديث عام متفق على قبوله فيترجح على الخاص المختلف." (١)

"بذلك فأما ما تلف بسراية فلم يفت قبض المشتري فيه فلهذا كان مضمونا بالقيمة على البائع وتبين بهذا أن اختلاف الحكم لأجل فوت قبض المشتري؛ لأن حكم السراية مخالف لحكم أصل العقد في حكم الضمان، وهذا هو **الجواب** عن **الإشكال** الذي يرد على أبي حنيفة في مسألة سراية القصاص أن القطع مع السراية لا يكون قتلا من أصله إذا كان حكم أصل الفعل مخالفا لحكم السراية بدليل هذه المسألة.

ولو كان المشتري حين اشتراه نقد الثمن أو لم ينقده حتى قطع البائع يده ثم قبضه المشتري بإذن البائع أو بغير إذنه فمات في يد المشتري من جناية البائع عليه بطل على المشتري نصف الثمن بقطع البائع يده ولا ضمان على البائع فيما هلك في يد المشتري بجناية البائع؛ لأن المشتري بإقدامه على القبض صار راضيا بما بقي منه وذلك قاطع لحكم سراية جناية البائع بمنزلة الرد فلهذا كان على المشتري نصف الثمن ولأن القبض مشابه بالعقد.

ولو اشتراه بعد قطع البائع يده انقطع به حكم السراية؛ لأن المشتري صار راضيا بقبضه بحكم الشراء فكذلك في هذا الموضع ولا يشبه قبض المشتري في هذا الوجه قبضه في الوجه الأول بالجناية عليه أو بعيب يحدثه فيه وكل شيء يحدثه من جناية البائع بعدما يحدث المشتري فيه جناية، فإن كان الثمن غير منقود بطل عن المشتري من الثمن بحساب ما هلك منه بجناية البائع وإذا كان الثمن منقودا فعلى البائع فيه القيمة وإذا كان القبض بعد جناية البائع بأخذ المشتري إياه فلا ضمان على البائع فيما هلك من جناية في يد المشتري من القيمة ولا يبطل عنه شيء من الثمن باعتباره؛ لأن القبض بالجناية حكمي فإنما يظهر أثره فيما تلف به ولا تنقطع السراية التي انعقد سببها بجناية البائع فأما القبض بالأخذ فحتى يظهر في جميع ما بقي من العبد وله مشابهة بالعقد فينقطع به حكم سراية جناية البائع وهذا لأن بالقبض حسا يجعل راضيا بما بقي من العبد بعد جناية البائع وبالجناية لا يكون راضيا بتقرر ملكه فيما بقي بل هو متلف فإنما ينقطع حكم سراية جناية البائع فيما يتلف بجناية المشتري أو بسراية جنايته ضرورة، ألا ترى أن رجلا لو قطع يد عبده ثم غصبه منه غاصب فمات في يده من جناية المولى كان على الغاصب قيمته يوم غصبه، ولو لم يغصبه ولكنه جنى عليه فمات العبد من الجنايتين كان على الجاني ضمان ما تلف بجنايته وسراية جنايته، ولو لم يكن عليه ضمان ما تلف بسراية جناية المالك فيه يتضح مما سبق من الفرق

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٩٢/١٢

بين القبض حسا وبين القبض بحكم الجناية.

قال: وإذا اشترى الرجل عبدا من رجل فلم ينقده الثمن حتى قبض بغير." (١)

"المشتري من البيع، والهبة، والصدقة لا تنقض لحق البائع في الاسترداد وما كان ذلك إلا باعتبار تسليطه إياه على ذلك، وبه فارق الشفيع، فإنه لم يوجد منه تسليط المشتري على التصرف؛ ولهذا ينقض سائر تصرفات المشتري لحق الشفيع فكذلك ينقض بناؤه وإذا عرفنا هذا، فنقول: عندهما لا يجب للشفيع فيها الشفعة لبقاء حق البائع في الاسترداد وعند أبي حنيفة يجب للشفيع فيها الشفعة؛ لأن حق البائع في الاسترداد قد انقطع فيأخذها الشفيع بقيمتها وينقض بناء المشتري لحق الشفيع وهما بهذا الحرف يستدلان على أبي حنيفة فيقولان: لا قرار لهذا البناء بالاتفاق، بل رفعه مستحق إما لحق البائع، أو لحق الشفيع وأبو حنيفة يقول: لهذا البناء قرار في حق البائع، فإنه حصل بتسليط فينقطع به حق البائع في الاسترداد، ولكن لا قرار له في حق الشفيع، فيكون له أن ينقضه للأخذ بالشفعة، وهو بمنزلة تصرف آخر من المشتري فيها، كالبيع، والهبة، والصدقة، فإنه يقطع حق البائع في الاسترداد، ثم ينقض ذلك التصرف لحق الشفيع يقول: فإن باعها المشتري بيعا صحيحا فللشفيع الخيار إن شاء أخذها بالبيع الثاني بالثمن المسمى، وإن شاء أبطل البيع الثاني وأخذها بالبيع الأول بالقيمة لاجتماع سببين فيها لثبوت حق الأخذ له، فيأخذ بأي السببين شاء، وهما يفرقان بين هذا وبين البناء ويقولان: تصرف المشتري هنا حصل في غير ما هو مملوك له بالعقد الفاسد وفي البناء حقه في البيع؛ لأن البناء بيع للأصل وفي هذا القول **إشكال**، فالشفيع إذا نقض البيع الثاني، فقد صار ذلك كأن لم يكن وقيل البيع الثاني يرد على البائع الأول، ولا شفعة فيها فكذلك بعد ما انتقض البيع الثاني من الأصل، ولكن **الجواب** عنه أن البيع الثاني من الأصل الثاني صحيح مزيل لملك المشتري، وإنما ينقض لحق الشفيع فما يكون من مقتضيات حق الشفيع لا يصلح أن يكون مبطلا حقه في الأخذ بالشفعة، وإن اشتراها شراء فاسدا ولم يقبضها حتى بيعت دار إلى جنبها فللبائع أن يأخذ هذه الدار بالشفعة؛ لأن الأول في ملكه بعد، فيكون جارا بملكه الدار الأخرى، فإن سلمها إلى المشتري بطلت شفعته؛ لأنه أزال جواره باختياره قبل الأخذ بالشفعة، ولا شفعة فيها للمشتري؛ لأن جواره محدث بعد بيع تلك الدار.

وإن اشتراها بخمر، أو خنزير، والمتعاقدان مسلمان، أو أحدهما وشفيعها نصراني، فلا شفعة فيه؛ لأن البيع فاسد، والخمر والخنزير ليسا بمال متقوم في حق المسلم منهما وفي البيع الفاسد لا تجب الشفعة لمسلم، ولا كافر، وإن اشتراها كافر من كافر وشفيعها مسلم، فالبيع صحيح؛ لأن الخمر، والخنزير في حقهم مال متقوم، كالبعير." (٢)

"وفي هذا دليل جواز الإجارة وجواز كراء الإبل إلى مكة شرفها الله من غير بيان المدة؛ لأن ذكر المسافة في الإعلام كبيان المدة، ثم أشكل على السائل حال حجه؛ لأن خروجه كان لتعاهد إبله واكتساب الكراء لنفسه وهو موضع **الإشكال** فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – جعل من أشراط الساعة اكتساب الدنيا بعمل الآخرة فأزال ابن عمر – رضي الله

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٧٦/١٣

(٢) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٤٨/١٤

عنهما - إشكاله بما ذكر له من مباشرة أعمال الحج وهذا بيان له أن بالذهاب لا يتأدى الحج وإنما يتأدى بالإحرام والوقوف والطواف والرمي وهو بهذه الأعمال لا يبتغي عرض الدنيا وهذا جواب تام لو اقتصر عليه ولكنه أحب أن يزيده وضوحا فروى الحديث؛ لأن الأول دليل يستدرك بالتأمل وقد شبه ذلك بالسراج والخبر دليل واضح وهو مشبه بالشمس وكم من عين لا تبصر بضوء السراج وتبصر إذا بزغ الضياء الوهاج

ثم فيه دليل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان ينتظر نزول الوحي في بعض ما يسأل عنه؛ فإنه أخر جواب هذا السائل حتى نزلت الآية، ثم بين له أنه لا نقصان في الحج وأهل الحديث يروون أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - سئل عن التجارة في طريق الحج ولما كان إكراء الإبل في معناه روى ابن عمر - رضي الله عنهما - الحديث فيه وعلى هذا قلنا الرستاقي إذا دخل المصر يوم الجمعة لشراء الدهن واللحم وشهد الجمعة فهو في الثواب، والذي لا شغل له سوى إقامة الجمعة سواء؛ لأن مقصود المسلم إقامة العبادة فيما سوى ذلك يكون تبعا له ولا يتمكن نقصان في ثواب العبادة وإن سعيد بن جبير - رضي الله عنه - قال: أتى رجل إلى ابن عباس - رضي الله عنهما - فقال: إني أجرت نفسي من قوم وحططت لهم من أجري أفيجزيني من حجتي؟ فقال ابن عباس - رضي الله عنهما - هذا من الدين قال الله تعالى ﴿ليس عليكم جناح﴾ [البقرة: ١٩٨] الآية وإنما أشكل على هذا السائل ما أشكل على الأول وكأنه بلغه الحديث الذي قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - للذي استؤجر بدينارين للخروج مع المجاهد «وإنما لك دينارك في الدنيا والآخرة» فظن مثله في الحج وحط بعض الأجر به ليرتفع به نقصان حجه فإن الحط إحسان وانتداب إلى ما ندب في الشرع ومثله مشروع جبر النقصان الفرائض كالنوافل فأزال ابن عباس - رضي الله عنهما - إشكاله وبين أنه لا نقصان في حجه ولم يأمره بالكف عن حط الأجر، وإن كان حجه بدونه تماما؛ لأن المنع من البر والإحسان لا يحسن، وهو على ما أفتى به ابن عباس - رضي الله عنهما - بخلاف حال من استؤجر للخروج مع المجاهد؛ فإنه خرج ليخدم غيره لا ليباشر الجهاد وهذا خرج ليباشر أعمال الحج ويخدم في الطريق غيره فكان هذا تبعا لا يتمكن به نقصان." (١)

"يقول: الاختلاف هنا في الجنس من حيث إن الإكاف يأخذ من ظهر الحمار الموضع الذي لا يأخذه السرج فهو نظير ما لو استأجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها تبنا أو حطبا توضيحه أن التفاوت ليس من حيث الثقل والخفة ولكن؛ لأن الحمار الذي لا يألف الإكاف يضره الركوب بإكاف وربما يجرحه ذلك فيكون مخالفا في الكل كما لو حمل عليها مثل وزن الحنطة حديدا، وكذلك لو نزغ عن الحمار سرجه وأسرجه بسرج برذون لا تسرج بمثله الحمير فهو بمنزلة الإكاف، وإن أسرجه بسرج مثله أو أخف لم يضمن؛ لأن التعيين إذا لم يكن مفيدا فلا يعتبر، وكذلك إن استأجره بإكاف فأوكفه بإكاف مثله أو أسرجه مكان الإكاف؛ لأن السرج أخف على الحمار من الإكاف فلا يكون خلافا منه.

ولو تكارى حمارا عريانا فأسرجه، ثم ركبه فهو ضامن له؛ لأنه حمل عليه السرج بغير إذن صاحبه فكان مخالفا في ذلك قال مشايخنا - رحمهم الله - وهذا على أوجه فإن استأجره من بلد إلى بلد لم يضمن إذا أسرجه؛ لأن الحمار لا يركب من بلد

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٧٧/١٥

إلى بلد عادة إلا بسرج أو إكاف والثابت بالعرف كالثابت بالشرط، وإن استأجره ليركبه في المصر فإن كان من ذوي الهيئات، فكذلك **الجواب**؛ لأن مثله لا يركب في المصر عريانا، وإن كان من العوام الذين يركبون الحمار في المصر عريانا فحينئذ يكون ضامنا إذا أسرجه بغير شرط.

وإذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم فجاوز بها ذلك المكان، ثم رجع فعطبت الدابة فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة الأول – رحمه الله –، ثم رجع فقال: هو ضامن ما لم يدفعها إلى صاحبها وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وجه قوله الأول أنه كان أمينا فيها فإذا ضمن بالخلاف، ثم عاد إلى الوفاق عاد أمينا كالمودع وجه قوله الآخر أنه بعد ما صار ضامنا بالخلاف لا يبرأ إلا بالرد على المالك أو على من قامت يده مقام يد المالك ويد المستأجر يد نفسه؛ لأنه يمسكها لمنفعة نفسه كالمستعير فلا تكون يده قائمة مقام يد المالك فلا تبرأ عن الضمان، وإن عاد إلى ذلك المكان؛ لأنه ينتفع بها لنفسه في ذلك المكان بخلاف المودع فهناك يده قائمة مقام يد المالك وقد طعن عيسى – رحمه الله – في هذا فقال: يد المستأجر كيد المالك بدليل أنه يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وبدليل أن مؤنة الرد على المالك في الإجارة دون العارية ولكنا نقول: رجوعه بالضمان للغرر المتمكن بسبب عقد المعاوضة، وذلك لا يدل على أن يده ليست بيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور، فكذلك مؤنة الرد عليه لما له من المنفعة في النقل

فأما يد المستأجر يد نفسه **والإشكال** على هذا الكلام ما تقدم أن المرأة إذا استأجرت." (١)

"من الأرض فكان بيانه مطابقا لإقراره، وإن قال: هي له بغير أرض لم يصدق؛ لأن بيانه غير مطابق لإقراره " فإن " حرف في حقيقة للظرف واسم البستان لأصل البقعة والأشجار فيه وصف وتبع؛ لأن قوامها بالبقعة، وإنما يتناول أصل إقراره شيئا من البقعة أو جعل البقعة لما أقر به من الحق، فإذا فسره بالنخلة من غير أرض لم يكن التفسير مطابقا للفظه. فإن قيل الظرف غير المظروف فإنما جعل البستان محل حقه، فإذا فسره بالنخلة فالبستان محل حقه قلنا لا كذلك فإنه إذا فسره بالنخلة فمحل حقه موضعها من الأرض، وذلك الموضع لا يتناوله اسم البستان فإنما يتحقق كون البستان ظرفا لحقه إذا كان المقر به جزءا منها.

ولو قال: له في هذه الأرض حق، ثم قال حقه فيها أني أجرتها إياه سنة ليزرعها لم يصدق؛ لأنه أقر له بالحق في رقبتها، ثم فسره بالمنفعة فلم يكن تفسيره مطابقا للفظه. وكذلك لو أقر أن له في الدار حقا، ثم قال سكنى شهر فتفسيره غير مطابق للفظه. وكذلك لو أقر أن له في هذه الدار ميراثا أو شراء ثابتا أو بابا أو ملكا ثابتا، ثم قال: هو هذا الباب المغلق لم يصدق؛ لأنه جعل رقبة الدار ظرفا لما أقر له به فلا بد من أن يفسره بجزء من رقبتها.

ولو قال: له في دار والدي هذه وصية من والدي، ثم قال له سكنى هذا البيت سنة لم يصدق حتى يقر له بشركة في أصل الدار؛ لأنه جعل الدار ظرفا للموصى به والمنافع أعراض تحدث شيئا فشيئا فلا يكون تفسيره مطابقا لإقراره ما لم يقر بشيء

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٧٣/١٥

من أصل الدار، ولو وصل المنطق في جميع ذلك كان مقبولا؛ لأن ظاهر إقراره منصرف إلى شيء من أصل الدار على احتمال أن يكون المقر به منفعتها؛ لأن المنافع محل الأعيان، فإذا بينه موصولا قبل بيانه، وإن كان مغيرا لموجب مطلق كلامه. وكذلك لو قال: له فيها ميراث بسكنى شهر، وفي هذا نوع **إشكال** فإن المنافع لا تورث عندنا فينبغي أن لا يقبل بيانه هذا موصولا وكذا يكون بيانه من محتملات كلامه فإن توريث المنفعة مجتهد فيه، ولو قضى به القاضي نفذ قضاؤه فلعله أقر له بذلك بعد ما قضى له به قاض فكان هذا بيانا من هذا الوجه، وقيل: هو على الخلاف وينبغي أن يكون هذا **الجواب** عندهما بناء على ما تقدم.

وإذا قال: لفلان علي ألف درهم من ثمن خمر لم يصدق عند أبي حنيفة – رحمه الله –، وإن وصل لأن ثمن الخمر لا يجب للمسلم شرعا وعندهما يصدق، وكان ذلك بيانا منه على ظنه. وكذلك هذا.

ولو كان في يده عشرة من الغنم، فقال: لفلان فيها شرك شاة، ثم ماتت الغنم كلها، فقال المقر له أنت خلطت شاتي بغنمك لم يصدق على ذلك، ولم يضمن المقر شيئا إذا حلف؛ لأن إقراره بالشركة في العين لا يتضمن الإقرار بوجود السبب." (١)

"الطالب يرجع بما بقي من حقه فيضرب به مع غرماء الكفيل في تركة الكفيل؛ لأنه لا يبرأ الكفيل إلا من القدر الذي وصل إلى الطالب من تركة المكفول عنه فقطع **الجواب** في الكتاب على هذا.

وهو مبهم في أصل الوضع قاصر في البيان فحينئذ لا يتم بيان المسألة بما ذكر وليس في الكتاب مسألة أشكل من هذه المسألة من الحسابيات وغيرها فالوجه أن نصور المسألة ليتبين موضع **الإشكال** فنقول: دين الطالب عشرة دراهم وقد ترك الكفيل عشرة وعليه دين لرجل آخر عشرة، وترك المكفول منه أيضا عشرة وعليه لرجل آخر دين عشرة فالطالب بالخيار كما بينا فإن بدأ بتركة الكفيل؛ ضرب بالعشرة في تركته وغريم الكفيل بالعشرة فكانت تركته بينهما نصفين فوصل إلى الطالب خمسة يأتي في تركة المكفول عنه فيضرب مع غريمه بما بقي من دينه وذلك خمسة ويضرب ورثة الكفيل أيضا بما أدوا إلى الطالب وذلك خمسة فيسلم الغريم المطلوب خمسة وللطالب درهمان ونصف ولورثة الكفيل درهمان ونصف لا يسلم هذا لورثة الكفيل؛ لأنه تركة الكفيل وقد بقي من دين غريمه خمسة ومن دين الطالب درهمان ونصف فيقسمان هذا الذي ظهر من تركته على مقدار حقهما أثلاثا فالثلث الذي يستوفيه الطالب رجع به ورثة الكفيل في تركة المكفول عنه فيتبين به بطلان القسمة الأولى، وإن استأنفوا القسمة على هذا الذي ظهر أيضا يرجع به الطالب فيما يستوفون ويرجعون بما يعطون إليه في تركة المكفول عنه فتنقض القسمة أيضا ولا يزال يدور، هكذا إلى ما لا يتناهى.

وإذا بدأ بالرجوع في تركة المكفول عنه فضرب مع غريمه بالعشرة واقتسما تركته نصفين فإنه يضرب بما بقي من دينه وذلك خمسة في تركة الكفيل مع غريم الكفيل فيقتسمان العشرة أثلاثا فيتبين أن ورثة الكفيل أدوا إلى الطالب ثلاثة وثلثا ويرجعون به في تركة المكفول عنه ويتبين بطلان القسمة الأولى، وكذلك إن استأنفوا القسمة ثانيا وثالثا فكما وصل إليهم شيء يأخذ

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٦٢/١٨

الطالب من ذلك قدر حصته ويرجع به ورثة الكفيل في تركة المكفول عنه إلى ما لا يتناهى. فهذا بيان مواضع **إشكال** المسألة. وكان أبو بكر القمي – رحمه الله – من متقدمي علمائنا – رحمهم الله – من الحساب يقول: هذه المسألة من باب مفتريات الجبر ومحمد بن الحسن – رحمه الله – كان يعرف مفردات الجبر وما كان يعرف مفتريات الجبر أصلا؛ فلهذا ترك بيان هذه المسألة ومعنى كلامه أن هذه الحاجة تقع إلى معرفة القدر الذي يرجع به ورثة الكفيل في تركة المكفول عنه ليضم ذلك إلى ما يضرب به الطالب في تركة المكفول عنه غريمه والعلم بمفردات." (١)

"أشار إلى حروف فإنك لا تكتب: ذكر حق فلان بن فلان أن له على فلان ألف درهم وقد أحاله بها على فلان. فإن هذا لا يحسن في الكتاب ولا في الكلام، وكيف يكون عليه وقد حولها عنه إلى غيره ويحسن في الضمان أن يقول: لفلان على فلان ألف درهم وقد ضمنها عنه فلان (ثم وجوه التوى) قد بيناها فيما سبق.

(**والجواب**) بين الأجانب والأقارب في جميع أصناف الديون من التجارات والمهر والجنايات وغير ذلك جائز؛ لأنه تحويل الحق من الذمة الأولى إلى الذمة الثانية فيستدعي وجوب الحق في الذمة الأولى؛ ليصح التحويل. ولو أن المحتال عليه أحاله بالمال على غيره؛ كان جائزا؛ لأنه لما تحول المال إليه بالحوالة التحق بما كان واجبا عليه في الأصل وكما يصح التحويل من الذمة الأولى إلى ذمته؛ يصح التحويل من ذمته إلى ذمة أخرى بالحوالة وليس للمحتال عليه أن يأخذ الأصيل بالمال قبل أن يؤديه ولكن يعامله بحسب ما يعامل به من الملازمة والحبس كما بيناه في فصل الكفيل (وفي هذا نوع **إشكال**) فإن في الكفالة مطالبة الطالب على الأصيل باقية، فلا تتوجه عليه مطالبة الكفيل ما لم يؤد، وبعد الحوالة لا تبقى مطالبة المال على الأصيل فينبغي أن تتوجه عليه مطالبة المحتال عليه كالوكيل بالشراء يطالب الموكل قبل أن يؤدي.

ولكنا نقول: ما سقطت مطالبة الطالب عن المحيل على الثبات بل يؤخر ذلك على المحتال عليه مفلسا، فكان من هذا الوجه بمعنى التأجيل. أو لما كانت المطالبة بغرض أن يتوجه عليه جعل كالمتوجه في الحال بمعنى الكفالة من هذا الوجه بخلاف الوكيل فإنه ليس للبائع على الموكل مطالبة بالثمن لا في الحال ولا في ثاني الحال بل مطالبته مقصورة على الوكيل فكان للوكيل أن يرجع على الموكل ولو قضى المحيل المحتال عليه المال قبل أن يؤديه فعمل به وربح؛ كان ربحه له؛ لأنه بنفس الحوالة قد استوجب المحتال عليه على المحيل ولكنه مؤجل لأدائه.

ومن استعجل الدين المؤجل وتصرف فيه وربح؛ كان الربح له؛ لأنه استربح على ملك صحيح

ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فأحاله بها على آخر فقضاها إياه المحتال عليه فلما أراد الرجوع على الأصيل قال الأصيل: كانت لي عليك، وقال المحتال عليه: ما كان لك علي شيء فإنه يقضي للمحتال عليه على الأصيل بالمال؛ لأن السبب الموجب للمال له على الأصيل ظاهر، وهو قبوله الحوالة بأمره وأدائه، والمحيل يدعي لنفسه دينا على المحتال عليه

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٧/٢٠

ليجعل ما عليه قصاصا بذلك الدين ولم يظهر سبب ما يدعيه والمحتال عليه لذلك منكر فالقول قوله وليس في قبول الحوالة عنه إقرار بوجوب المال للمحيل عليه." (١)

"دينه بأحد الكرين لما فيه من إبطال حق المرتهن في الجودة.

وإن ارتهن شيئا مما يوزن بشيئين مما يكال أو شيئا مما يكال بشيئين مما يوزن، وفيه وفاء فهلك فهو بما فيه؛ لأن معنى الربا لا يتحقق مع اختلاف الجنس، وفي مالية الرهن، وفاء بالدين، وإن أصابه شيء أفسده ضمن المرتهن مثله، وكان ذلك له، ويرجع بدينه لقول أبي يوسف وقول أبي حنيفة (رحمهما الله).

وفي قول محمد يتخير الراهن بين أن يجعله للمرتهن بدينه، وبين أن يسترده بقضاء الدين.

ولو ارتهن بعشرة دراهم فلوسا تساويها فهلكت فهي بما فيها، وإن انكسرت دفعت فيه، دينه بحساب ذلك؛ لأن الفلوس الرائجة لا تكون موزونة، فإنما رهنها، وهي ليست بمال الربا فبالنقصان في عينها سقط من الدين بحساب ذلك وذلك أن تقوم مكسورة، وغير مكسورة ثم هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف (رحمهما الله) ظاهر؛ لأن بيع فلس بعينه بفلسين بأعيانهما جائز عندهما، وإنما **الإشكال** على قول محمد، فإنه لا يجوز ذلك إلا باعتبار أن الفلوس مال الربا على الإطلاق، ولكن باعتبار أنها لا تتعين عنده، ولا يقابل أحد الفلسين شيئا من العوض، وذلك مبطل للعقد في أموال الربا، وغيرها، ولو لم تنكسر، ولكنها كسرت فهي رهن على حالها، فإن هلكت ذهبت بالعشرة؛ لأن كسادها بمنزلة تغير السعر.

وقد بينا: أن تغير السعر في المرهون غير معتبر في سقوط الدين، وضمان الرهن بالقبض كضمان الغصب، ولو رد الفلوس المغصوبة بعينها بعد ما كسدت لم يلزمه شيء آخر، وجعل الكساد بمنزلة تغير السعر هناك فكذلك في الرهن.

ولو ارتهن طستا أو تورا أو كوزا بدرهم، أو أكثر من ذلك، وفي الرهن وفاء، وفضل، فإن هلك فهو بما فيه، وإن انكسر فما كان فيه لا يوزن، ذهب من الدين بحساب النقصان، وما كان منه يوزن فإن شاء الراهن أخذه، وأعطاه الدين، وإن شاء ضمن قيمته مصوغا من الذهب، وكان ذلك للمرتهن، وأخذ الراهن القيمة، وأعطاه دينه في قول أبي يوسف قال: الحاكم، ورأيت في رواية أبي حفص، وهو قول أبي حنيفة مكان قول أبي يوسف (رحمهما الله) وهذا صحيح على أصل أبي حنيفة أما عند أبي يوسف، فإنما يستقيم هذا **الجواب** على رواية سوى ما على ظاهر الرواية عند أبي يوسف: ينبغي أن يضمن من قيمته بقدر الدرهم منه، وكذلك نصل السيف، والشيء من الحديد، والصفر يكون مصوغا لا يباع، وزنا بوزن، كما يتبادر، وما كان من ذلك يباع وزنا لم يذهب من الدين باعتباره شيء، ولكن إن كان هو، والدين سواء ضمن المرتهن قيمته مصوغا، وكان رهنا مكانه، وكان ذلك الشيء للمرتهن، والدين على حاله في قول أبي يوسف وهنا." (٢)

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٥٣/٢٠

(٢) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٢٣/٢١

"شيء من الدين؛ فلهذا لا يعتبر

(قال – رضي الله عنه –): في جواب هذه المسألة بعض إشكال عندي؛ لأن الخمسمائة التي في أم المقتولة إنما انقسمت عليها وعلى ولدها نصفين بشرط بقاء الولد على تلك القيمة إلى وقت الفكاك، ولم يبق فإن بعض المقتولة هلك، ولم يخلف بدلا وهو ما تلف بجناية المشغول على الفارغ، وبجناية الفارغ على الفارغ، وبجناية المشغول على المشغول، فكيف يستقيم تخريج الجواب على أن المشغول من المقتول ربعها؟ (قال – رضي الله عنه –): والذي تخيل لي بعد التأمل في الجواب عن هذا السؤال: أن جناية القاتلة على المقتولة فيما جعل هدرا يكون كجناية الراهن؛ لأنه إنما جعل ذلك هدر باعتبار جناية ملكه، ويستقيم أن يجعل فعل المملوك كفعل المالك ولأجله جعل هدرا، وفعل الراهن بمنزلة الفكاك فيتم به ذلك الانقسام، ولا يبطل فإن قال قائل: كما تعتبر جناية الفارغ على المشغول ينبغي أن تعتبر جناية المشغول على الفارغ في أصل الرهن؛ لأن المشغول من أصل الرهن مضمون، فيكون هذا كجناية المغصوب على وديعة المغصوب منه في يد الغاصب، قلنا: الفرق بينهما ظاهر فإن ضمان الغصب ضمان العين، وهو يوجب الملك في العين إذا تقرر، فباعتبار المال المغصوب منه يكون للغاصب إذا تقرر عليه ضمانه، وتبين أن هذه جناية عند الغاصب على ملك المغصوب منه، فكان معتبرا، فأما ضمان الرهن ضمان الاستيفاء والعين، فكحكم الأمانة. (ألا ترى): أن تقرر هذا الضمان لا يوجب الملك في العين للمرتهن، فلا يتبين أن جنايته حصلت على عبد غير مالكه؛ فلهذا لا تعتبر هذه الجناية إلا لحق المرتهن من الوجه الذي قررنا.

وإذا ارتهن عبدين كل واحد منهما: بخمسمائة وقيمة كل واحد منهما ألف، وارتهن كل واحد منهما بعقد على حدة، فقتل أحدهما صاحبه، فإنه يخير الراهن والمرتهن، فإن شاء جعلا القاتل مكان المقتول، وبطل ما كان في القاتل من الدين، وإن شاء فديا القاتل بقيمة المقتول، والفداء عليهما نصفين، فكانت هذه القيمة هنا مكان المقتول، وكان القاتل رهنا على حاله؛ لأن كل واحد من هذين رهن على حدة معناه: أن الصفقة متفرقة والدين مختلف، وكل واحد منهما محبوس بغير ما كان الآخر محبوسا به، أما إذا كان جنس الدين مختلفا: بأن كان أحدهما رهنا بخمسمائة، والآخر بخمسين دينارا، فهو ظاهر، وكذلك إذا اتفق جنس المالين.

(ألا ترى): أنه لو أدى ما على أحدهما من الدين كان له أن يفتكه فكان هذا بمنزلة ما لو كان كل واحد منهما مرهونا عند رجل آخر، فاعتبار جناية أحدهما على الآخر مفيد في حق المرتهن، فوجب اعتباره بمنزلة جناية المرهون على عبد أجنبي، أو جناية عبد أجنبي." (١)

"وإن كانت المضاربة بألف درهم بخية فاشترى بها عبدا، ثم باعه بالكوفة مرابحة بربح مائة درهم فعلى المشتري ألف درهم بخية ومائة درهم غلة نقد الكوفة، ولو قال: أبيعك بربح عشرة أحد عشر كان الثمن والربح كله بخية؛ لأن موجب هذا اللفظ أن يكون الربح من جنس ثمن الأول بصفته ليكون الربح جزءا من أحد عشر جزءا من جميع الثمن الثاني، واللفظ الأول لا يوجب ذلك، وإنما يوجب أن يكون الربح مائة درهم، كما سمي فيه وتسمية مائة درهم في البيع مطلقا ينصرف إلى

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٧٠/٢١

غلة الكوفة.

(ألا ترى) أنه لو قال: أبيعك بربح دينار كان الثمن ألف درهم بخية ودينارا من نقد الكوفة، ولو كان باعه بوضيعة مائة درهم، أو بوضيعة عشرة أحد عشر كانت الوضيعة من البخية؛ لأن الوضيعة لا تكون أبدا إلا من الثمن الأول، فإن طرح بعض الثمن الأول بأي لفظ ذكره لا بد أن يكون المطروح جزءا من الثمن الأول، والربح ليس من الثمن الأول؛ فلهذا افترقا.

وإذا دفع مالا مضاربة إلى رجل فاشترى به جارية وقبضها وباعها بغلام وتقابضا فزادت الجارية في يد المشتري، أو ولدت ثم با ع المضارب الغلام من رب الجارية بربح مائة درهم، وهو لا يعلم بالولادة فإن كانت الزيادة في البدن أخذ الجارية ومائة درهم؛ لأن الزيادة المنفصلة لا تعتبر في عقود المعاوضات.

(ألا ترى) أنه لو وجد بالجارية عيبا ردها مع الزيادة المنفصلة، فكان وجود هذه الزيادة كعدمها.

وإن كانت ولدت فإن شاء المضارب أخذ الجارية ومائة درهم، وإن شاء نقض البيع ولا سبيل له على الولد؛ لأنه إنما با ع الغلام بالجارية، والولد منفصل عنها عند هذا العقد فلا يدخل في البيع، ولكن إن كانت الولادة نقصت الجارية فلا **إشكال** في ثبوت الخيار للمضارب؛ لأنه وجدها معيبة ولم يكن المال بعيبها، وإن لم يلف فيها نقصان الولادة فعلى رواية هذا الكتاب **الجواب** كذلك، فإن الولادة في هذه الجارية على رواية هذا الكتاب عيب لازم أبدا بخلاف رواية كتاب البيوع، وقد بينا وجه الروايتين ثمة، والتولية في هذا كالمرابحة، ومقصود بيان الفرق بين هذا وبين الرد بالعيب أنه فسخ للعقد الأول، فلو جاز بقي الولد ربحا للمشتري بغير عوض، وهو الربا بعينه فأما التولية، أو المرابحة فلا توجب فسخ العقد الأول، فيمكن تصحيح ذلك في الجارية مع سلامة الولد للمشتري.

وإن كانت المضاربة ألف درهم فاشترى بها جارية وباعها بألف وخمسمائة، ثم اشتراها بألف باعها مرابحة على ألف درهم عند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – وعند أبي حنيفة – رحمه الله – على خمسمائة، وقد بينا هذا في البيوع أن من أصل أبي حنيفة ضم أحد العقدين إلى الآخر." (١)

"في سعة من ذلك؛ لأنه ابتلي ببليتين، فله أن يختار أهونهما عليه لحديث عائشة – رضي الله عنها – قالت: «ما خير رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بين أمرين إلا اختار أيسرهما»، ثم حرمة الطرف تابعة لحرمة النفس، والتابع لا يعارض الأصل، ولكن يترجح جانب الأصل، ففي إقدامه على قطع اليد مراعاة حرمة نفسه، وفي امتناعه من ذلك تعريض النفس، وتلف النفس يوجب تلف الأطراف لا محالة، ولا شك أن إتلاف البعض لإبقاء الكل يكون، أولى من إتلاف الكل.

(ألا ترى) أن من، وقعت في يده أكلة يباح له أن يقطع يده ليدفع به الهلاك عن نفسه، وقد، فعله عروة بن الزبير – رضي

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٢٢/٨٠

الله عنه -، فهذا المكره في معنى ذلك من وجه؛ لأنه يدفع الهلاك عن نفسه بقطع طرفه إلا أنه قيده بالمشيئة هنا؛ لأن هذا ليس في معنى الأكلة من كل وجه، وحرمة الطرف كحرمة النفس من وجه، فلهذا تحرز عن الإثبات في **الجواب**، وقال إن شاء الله في سعة من ذلك، فإن قطع يد نفسه، ثم خاصم المكره فيه قضى القاضي له على المكره بالقود؛ لأن القطع صار منسوبا إلى المكره لما تحقق الإكراه على ما بينه في مسألة المكره على القتل، فكأن المكره باشر قطع يده، وهذا ظاهر على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وإنما **الإشكال** على قول أبي يوسف - رحمه الله -، فإنه لا يوجب القود على المكره، فقيل في هذا الفصل لا قود عليه عند أبي يوسف أيضا، ولكن يلزمه أرش اليد في ماله، وقيل هنا يجب القود عنده؛ لأنه إنما يجعل المكره آلة في قتل الغير لكونه آثما لا يحل له الإقدام على القتل، وهنا يحل للمكره الإقدام على قطع يده، فكان هو آلة بمنزلة المكره على إتلاف المال، فيجب القود على المكره. .

، ولو أكرهه على أن يطرح نفسه في النار بوعيد قتل، فهو إن شاء الله في سعة من ذلك أما إن كان يرجو النجاة من النار، فإنه يلقي نفسه على قصد النجاة، وإن كان لا يرجو النجاة، فكذلك **الجواب**؛ لأن من الناس من يختار ألم النار على ألم السيف، ومنهم من يختار ألم السيف، وربما يكون في النار بعض الراحة له، وإن كان يأتي على نفسه، وقيل على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يسعه أن يلقي نفسه إذا كان لا يرجو النجاة فيه؛ لأنه لو ألقى نفسه صار مقتولا بفعل نفسه، ولو امتنع من ذلك صار مقتولا بفعل المكره، وحيث يسعه الإلقاء، فلوليه القود على المكره، وهذا لا يشكل عند أبي حنيفة ومحمد، وكذلك عند أبي يوسف في الصحيح من **الجواب**؛ لأنه لما أبيح له الإقدام صار آلة للمكره، وكذلك لو أكرهه على أن يطرح نفسه من، فوق بيت إلا أن في هذا الموضع عند أبي حنيفة لا يجب القود كما لو ألقاه المكره بنفسه.
، وعندهما إذا كان." (١)

"ألف درهم، والمعنى في الكل واحد، وهو إنما رضي بشرط أن يسلم له العوض، والزيادة، فإذا لم يسلم لم يكن راضيا به.

ولو أكرهه بوعيد تلف، أو حبس على أن يبيع عبده من هذا بألف درهم، ولم يأمره بالدفع، فباعه، ودفعه لم يكن على الذي أكرهه شيء، وينبغي أن يجوز البيع إذا كان هو الدافع بغير إكراه بمنزلة ما لو دفعه بعد ما افترقا من موضع الإكراه، وقد بينا فيما تقدم أن الإكراه على البيع لا يكون إكراها على التسليم بخلاف الهبة.
(ألا ترى) لو أن لصا قال له: لأقتلنك، أو لتبيعنه عبدك هذا، فإني قد حلفت لتبيعنه إياه، فباعه خرج المكره من يمينه، وهذا إشارة إلى **الجواب** عن **إشكال** يقال: في هذه المسألة أن قصد المكره الإضرار، وذلك إنما يكون تمامه بالإخراج من يده؛ لأن زوال الملك في بيع المكره لا يكون إلا به كما في الهبة، فتبين أنه يكون للمكره مقصود في نفس البيع، ولكن هذا الذي أشار إليه يتأتى في الهبة أيضا، والمعتمد هو الفرق الذي تقدم بيانه.

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٦٧/٢٤

ولو أكرهه بوعيد تلف على أن يهبه له، فوهبه، ودفعه، فقال قد وهبته لك، فخذه، فأخذه الموهوب له، فهلك عنده كان للمكره إن شاء ضمن المكره القيمة؛ لأن إكراهه على الهبة إكراه على التسليم، وإن شاء ضمن القابض؛ لأن قبضه على سبيل التملك لنفسه بغير رضاه.

(ألا ترى) أن رجلا لو أمر رجلا أن يهب جاريته هذه لفلان، فأخذها المأمور، فوهبها، ودفعها إلى الموهوب له جاز ذلك، فلما جعل التوكيل بالهبة توكيلا بالتسليم كان المقصود بالهبة لا يحصل إلا بالتسليم، فكذلك الإكراه على الهبة يكون إكراها على التسليم، ثم بين في الأصل ما يوضح هذا الفرق، وهو أن إيجاب الهبة للموهوب له يكون إذنا في القبض إذا كان بمحضر منهما، وإيجاب البيع لا يكون إذنا في القبض، وإن كان المبيع حاضرا حتى لو قبضه بغير أمر البائع كان للبائع أن يأخذه منه حتى يعطيه الثمن، والبيع الفاسد بمنزلة الهبة في هذا الحكم، وكان الطحاوي – رحمه الله – يقول في البيع الصحيح أيضا: للمشتري أن يقبضه بمحضر منهما ما لم ينهه البائع عن ذلك، وقال إيجاب البيع الصحيح أقوى من إيجاب البيع الفاسد.

ولكن ما ذكره محمد في الكتاب أصح؛ لأن القبض في البيع الفاسد، والهبة نظير القبول في البيع الصحيح من حيث إن الملك يحصل به، فأما قبض المشتري في البيع الصحيح، فيكون مسقطا حق البائع في الحبس، وإيجاب البيع لا يكون إسقاطا لحقه في الحبس، فلا بد من الآمر بالقبض ليسقط به حقه.

ولو أكرهه على أن يبيعه منه بيعا فاسدا فباعه بيعا جائزا جاز البيع؛ لأنه أتى بغير ما أمره به، فالبيع الفاسد لا يزيل الملك بنفسه، والبيع الجائز يزيل الملك بنفسه، وكذلك الممتنع." (١)

"ببعض الدراهم فببعض الخارج أولى وله أن يشتري طعاما ليزرعه في أرضه؛ لأن الزراعة من التجارة، قال – عليه الصلاة والسلام –: «الزارع يتاجر ربه»، والتجار يفعلون ذلك عادة قال وليس له أن يدفع طعاما إلى رجل ليزرعه ذلك الرجل في أرضه بالنصف قال؛ لأنه يصير قرضا وليس للمأذون أن يقرض؛ لأن القرض تبرع، قال بعض مشايخنا – رحمهم الله –: وهذا التعليل غلط إنما الصحيح من التعليل أن هذا دفع البذر مزارعة، ودفع البذر مزارعة وحده لا يجوز؛ لأن صاحب البذر مستأجر الأرض، وشرط الإجارة التخلية بين المستأجر وبين ما استأجره، وذلك ينعدم إذا كان العامل صاحب الأرض قال.

(ألا ترى) أنه إذا دفع الطعام إلى رب الأرض مزارعة بالنصف فزرعه كان الخارج كله لرب الأرض وهو ضامن للعبد طعاما مثل طعامه.

هكذا ذكر في الكتاب، وفي كتاب المزارعة قال إذا دفع البذر مزارعة إلى صاحب الأرض فالخارج كله لصاحب البذر وللعامل أجر مثله وأجر مثل أرضه، وقيل في المسألة روايتان أصحهما ما قال في المزارعة؛ لأن الخارج نماء البذر.

(ألا ترى) أنه من جنس البذر يكون لصاحب البذر ووجه ما قال هنا أن صاحب البذر إنما يرضى بإلقاء البذر في الأرض

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١١١/٢٤

بطريق المزارعة بالنصف فبدون ذلك الطريق لا يكون راضيا بل الزارع بمنزلة الغاصب لبذره.

ومن غصب من آخر بذرا وزرعه في أرضه كان الخارج للزارع وعليه مثل ما غصب وقيل إنما اختلف **الجواب** لاختلاف الوضع فهناك وضع المسألة في الحر وإذن الحر في استهلاك البذر صحيح معتبر، والمزارعة، وإن فسدت بقي إذنه معتبرا في استهلاك البذر بإلقائه في الأرض فكان الإلقاء بإذن صاحب البذر كإلقائه بنفسه فالخارج كله له وأما إذن العبد في استهلاك بذره لا على وجه المزارعة فغير معتبر فإنه لا يملك أن يأذن في إتلاف البذر ولا أن يقرض البذر فإذا لم يصح العقد وسقط اعتبار إذنه فكان لزارع بمنزلة الغاصب المستهلك للبذر بإلقائه في الأرض، والخارج كله له وعليه ضمان مثل ذلك البذر للعبد.

(قال الشيخ) الإمام – رحمه الله – وقد وجدت في بعض النسخ زيادة في هذه المسألة أنه إذا دفع الطعام إلى رب الأرض ليزرعها لنفسه بالنصف فمع هذه الزيادة لا يبقى **الإشكال** ويصح التعليل؛ لأن قوله " ازرعها لنفسك " يكون إقراضا للبذر، ثم شرط عليه في بدل القرض نصف الخارج وذلك باطل، والزارع في إلقاء البذر في الأرض عامل لنفسه فيكون الخارج كله له.

وليس على المولى أن يشهد الشهود حتى يأذن له في التجارة؛ لأنه بمنزلة الكتابة، والكتابة تصح من غير إشهاد إلا أن هناك يندب الإشهاد لما." (١)

"خاصة، وهو بناء على أن الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري عن الثمن.

وإذا كانت الجارية بين رجلين حرين فباع أحدهما بأمر صاحبه من العبد المأذون بألف درهم، ثم أقر الآمر أن البائع أبرأ المشتري من الثمن أو وهبه له وادعاه العبد وجحده البائع فقد برئ من حصة الآمر من الثمن في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأنه أقر فيه بإبراء صحيح فإبراء الوكيل عندهما يصح في براءة المشتري ولا يمين على المشتري في شيء من ذلك؛ لأن العبد لا دعوى له في ذلك بعد إقرار الآمر بما يبرئ المشتري ويأخذ البائع من المشتري نصف الثمن فيسلم له بعد ما يحلف على ما ادعاه الآمر؛ لأن الآمر يدعي أنه ضامن له نصيبه بالإبراء والهبة، وهو منكر لذلك فيستحلف وإذا حلف صار الآمر هو المتلف لنصيبه من الثمن بإقراره والنصف الآخر يسلم للبائع وعند أبي يوسف – رحمه الله – إقرار الآمر باطل وجميع الثمن على المشتري بينهما نصفان؛ لأن في نصيب البائع لا قول له وفي نصيبه إبراء البائع عنده باطل، ولو كان البائع أقر أن شريكه أبرأ العبد من حصته أو أنه قبض حصته وجحده الشريك وادعاه العبد فإن العبد برئ من نصف الثمن؛ لأن البائع أقر بما يوجب براءة المشتري من نصف الثمن، وهو القبض أو الإبراء من الآمر ولا يمين عليه؛ لأنه لا دعوى لأحد عليه بعد ذلك لكن يرجع الآمر على البائع بحصته من الثمن وهو نصفه فيضمنها إياه؛ لأن البائع صار متلفا نصيبه من الثمن بإقراره ويكون للبائع على المشتري نصف الثمن في قول أبي حنيفة ومحمد، فأما عند أبي يوسف فإقراره

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ٨/٢٥

على الآمر بالإبراء بمنزلة إبرائه إياه عن نصيبه، وذلك باطل عنده ولا يمين على البائع في ذلك ولكن العبد يستحلف الآمر على ما يدعي عليه من الإبراء والهبة فإن نكل لزمه ما قال البائع وإن حلف بقي الثمن كله على المشتري.

وإذا دفع المأذون إلى رجل جارية يبيعها فباعها من رجل له على المأذون دين ودفع الجارية إليه فقد صار الثمن قصاصا بدين العبد؛ لأن الثمن بالبيع وجب للمأذون حتى إذا قبضه الوكيل يؤمر بالتسليم إليه وللمشتري على المأذون مثل ذلك دينا فيصير قصاصا؛ لأنه لا فائدة في القبض وإن كان الدين للمشتري على المأمور دون المأذون فكذلك الجواب في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي يوسف – رحمه الله – لا يكون قصاصا بدين الوكيل وهي فرع مسألة الوكيل إذا أبرأ المشتري عن الثمن وقد بيناها في البيوع، ولو كان للمشتري على العبد ألف وعلى الوكيل ألف كان الثمن قصاصا بدين الموكل دون الوكيل أما عند أبي يوسف فلا إشكال وأما عندهما فلأنه لو جعل قصاصا." (١)

"بالسبق عند المعارضة، والمساواة أصل في الشرع، ولأنه كما خرج البول من أحدهما فقد حكم باعتبار أنه على تلك الصفة (ألا ترى) أنه لو لم يخرج من المبال الآخر بعد ذلك كان ما خرج علامة تمام الفصل وبعد ما حكم له بأحد الوصفين لا يتغير ذلك بخروج ذلك البول من الآلة الأخرى فهو بمنزلة رجل أقام بينة على نكاح امرأة وقضى له بها ثم أقام الآخر البينة لا يلتفت للبينة الثانية وكذلك لو ادعى نسب مولود وأقام البينة وقضى له به ثم ادعاه آخر وأقام البينة لا يلتفت إلى ذلك. وإن كان يبول منهما جميعا معا قال أبو حنيفة – رحمه الله – لا علم لي بذلك وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يورث بأكثرهما بولا؛ لأن الترجيح عند المعارضة بزيادة القوة، وذلك يكون بالكثرة كما يكون بالسبق إذ لا مزاحمة بين القليل والكثير كما لا مزاحمة بين اللاحق والسابق فالظاهر أن الذي يخرج منه البول أكثر هو المبال فالحكم للمبال، وأبو حنيفة أبى ذلك لوجهين: أحدهما أن كثرة البول تدل على سعة المخرج ولا معتبر لذلك فمخرج بول النساء أوسع من مخرج بول الرجال، والثاني أن الكثرة والقلة تظهر في البول لا في المبال، والآلة الفصل المبال دون البول، وباعتبار السبق يأخذ السابق اسم المبال قبل أن يأخذ الآخر ذلك الاسم، وأما إذا خرج منهما جميعا فقد أخذا اسم المبال في وقت واحد على صفة واحدة؛ لأن هذا الاسم لا يختلف بكثرة ما يخرج منه البول وقلته ثم إن أبا حنيفة – رحمه الله – استقبح الترجيح بالكثرة على ما يحكى عنه أن أبا يوسف – رحمه الله – لما قال بين يديه يورث من أكثرهما بولا قال يا أبا يوسف وهل رأيت قاضيا يكيل البول بالأواني؟، فقد استبعد ذلك لما فيه من القبح وتوقف في الجواب؛ لأنه لا طريق للتمييز بالرجوع إلى المعقول ولم يجد فيه نصا فتوقف وقال: لا أدري، وهذا من علامة فقه الرجل وورعه أن لا يخبط في الجواب على ما حكي أن ابن عمر – رضي الله عنه – سئل عن مسألة فقال لا أدري ثم قال بخ بخ، لابن عمر سئل عما لا يدري فقال لا أدري وكذلك أبو يوسف ومحمد قالا إذا استويا في المقدار لا علم لنا بذلك ولم ينقل عن أحد منهم أنه علم ذلك أو وقف فيه على دليل ليكون قول أبي حنيفة وأصحابه لا علم لنا به بقضايا فيهم والله أعلم.

وهذا الذي هو مشكل لا يخلو إذا بلغ هذه المعالم وإنما لا يبقى الإشكال فيه بعد البلوغ فلا بد أن يزول الإشكال بظهور

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٧٧/٢٥

علامة فيه فإنه إذا جامع بذكره أو خرجت له لحية أو احتلم كما يحتلم الرجال فهو رجل وقوله في ذلك مقبول؛ لأنه أمر في باطنه لا يعلمه غيره، وقول الإنسان شرعا مقبول فيما يخبر عما في باطنه مما لا يعلمه غيره، وإن." [(١)]

"ونعني به سبب العلم في قول أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر، والمسألة ذكرت في كتاب الصلاة.

وأما العقل والبلوغ فليسا من شرائط أهلية وجوب العشر حتى يجب العشر في أرض الصبي والمجنون لعموم قول النبي – صلى الله عليه وسلم – «ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب، أو دالية ففيه نصف العشر» ؛ ولأن العشر مؤنة الأرض كالخراج ولهذا لا يجتمعان عندنا ولهذا يجوز للإمام أن يمد يده إليه فيأخذه جبرا ويسقط عن صاحب الأرض كما لو أدى بنفسه إلا أنه إذا أدى بنفسه يقع عبادة فينال ثواب العبادة.

وإذا أخذها الإمام كرها لا يكون له ثواب فعل العبادة وإنما يكون ثواب ذهاب ماله في وجه الله تعالى بمنزلة ثواب المصائب كرها بخلاف الزكاة فإن الإمام لا يملك الأخذ جبرا وإن أخذ لا تسقط الزكاة عن صاحب المال؛ ولهذا لو مات من عليه العشر والطعام قائم يؤخذ منه بخلاف الزكاة فإنها تسقط بموت من هي عليه.

وكذا ملك الأرض ليس بشرط لوجوب العشر وإنما الشرط ملك الخارج فيجب في الأراضي التي لا مالك لها وهي الأراضي الموقوفة لعموم قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض﴾ [البقرة: ٢٦٧] وقوله عز وجل ﴿وآتوا حقه يوم حصاده﴾ [الأنعام: ١٤١] وقول النبي – صلى الله عليه وسلم – «ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب، أو دالية ففيه نصف العشر» ؛ ولأن العشر يجب في الخارج لا في الأرض فكان ملك الأرض وعدمه بمنزلة واحدة.

ويجب في أرض المأذون والمكاتب لما قلنا ولو آجر أرضه العشرية فعشر الخارج على المؤاجر عنده وعندهما على المستأجر. وجه قولهما ظاهر لما ذكرنا أن العشر يجب في الخارج والخارج ملك المستأجر فكان العشر عليه كالمستعير ولأبي حنيفة أن الخارج للمؤاجر معنى؛ لأن بدله وهو الأجرة له فصار كأنه زرع بنفسه، وفيه **إشكال**؛ لأن الأجر قابل للمنفعة لا الخارج، والعشر يجب في الخارج عندهما والخارج يسلم للمستأجر من غير عوض فيجب فيه العشر.

والجواب أن الخارج في إجارة الأرض إن كان عينا حقيقية فله حكم المنفعة فيقابله الأجر فكان الخارج للآجر معنى فكان العشر عليه فإن هلك الخارج فإن كان قبل الحصاد فلا عشر على المؤاجر ويجب الأجر على المستأجر؛ لأن الأجر يجب بالتمكن من الانتفاع وقد تمكن منه وإن هلك بعد الحصاد لا يسقط عن المؤاجر عشر الخارج؛ لأن العشر كان يجب عليه دينا في ذمته ولا يجب في الخارج عنده حتى يسقط بهلاكه فلا يسقط عنه العشر بهلاكه ولا يسقط الأجر عن المستأجر أيضا وعند أبي يوسف ومحمد العشر في الخارج فيكون على من حصل له الخارج ولو هلك بعد الحصاد، أو قبله هلك بما فيه من العشر.

ولو أعارها من مسلم فزرعها فالعشر على المستعير عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر على المعير وهكذا روى عبد الله بن

---

(١) المبسوط للسرخسي السرخسي ١٠٤/٣٠

المبارك عن أبي حنيفة ولا خلاف في أن الخراج على المعير.

وجه قول زفر أن الإعارة تمليك المنفعة بغير عوض فكان هبة المنفعة فأشبه هبة الزرع، ولنا أن المنفعة حصلت للمستعير صورة ومعنى إذ لم يحصل للمعير في مقابلتها عوض فكان العشر على المستعير.

ولو أعارها من كافر فكذلك **الجواب** عندهما؛ لأن العشر عندهما في الخارج على كل حال.

وعن أبي حنيفة فيه روايتان في رواية العشر في الخارج، وفي رواية على رب المال ولو دفعها مزارعة فإما على مذهبهما فالمزارعة جائزة والعشر يجب في الخارج والخارج بينهما فيجب العشر عليهما.

وأما على مذهب أبي حنيفة فالمزارعة فاسدة ولو كان يجيزها كان يجب على مذهبه جميع العشر على رب الأرض إلا أن في حصته جميع العشر يجب في عينه وفي حصة المزارع يكون دينا في ذمته.

ولو غصب غاصب أرضا عشرية فزرعها فإن لم تنقصها الزراعة فالعشر على الغاصب في الخارج لا على رب الأرض؛ لأنه لم تسلم له منفعة كما في العارية وإن نقصتها الزراعة فعلى الغاصب نقصان الأرض كأنه آجرها منه وعشر الخارج على رب الأرض عند أبي حنيفة وعندهما في الخارج.

ولو كانت الأرض خراجية في الوجوه كلها فخراجها على رب الأرض بالإجماع إلا في الغصب إذا لم تنقصها الزراعة فخراجها على الغاصب وإن نقصتها فعلى رب الأرض كأنه آجرها منه وقال محمد: انظر إلى نقصان الأرض وإلى الخراج فإن كان ضمان النقصان أكثر من الخراج فالخراج على رب الأرض يأخذ من الغاصب النقصان فيؤدي الخراج منه وإن كان ضمان النقصان أقل من الخراج على الغاصب وسقط عنه ضمان النقصان.

ولو باع الأرض العشرية وفيها زرع." (١)

"بتمام العدة ثلاثين يوما بلا خلاف، لأن قولهما في الفطر يقبل وإن صاموا بشهادة شاهد واحد، فروى الحسن عن أبي حنيفة أنهم لا يفطرون على شهادته برؤية هلال رمضان عند كمال العدد، وإن وجب عليهم الصوم بشهادته فثبتت الرمضانية بشهادته في حق الصوم، لا في حق الفطر، لأنه لا شهادة له في الشرع على الفطر.

ألا ترى أنه لو شهد وحده مقصودا لا تقبل، بخلاف ما إذا صاموا بشهادة شاهدين لأن لهما شهادة على الصوم، والفطر جميعا.

ألا ترى لو شهدا برؤية الهلال تقبل شهادتهما لأن وجوب الصوم عليهم بشهادته من طريق الاحتياط،، والاحتياط ههنا في أن لا يفطروا بخلاف ما إذا صاموا بشهادة شاهدين، لأن الوجوب هناك ثبت بدليل مطلق، فيظهر في الصوم، والفطر جميعا.

وروى ابن سماعة عن محمد: أنهم يفطرون عند تمام العدد، فأورد ابن سماعة على محمد **إشكالا** فقال: إذا قبلت شهادة الواحد في الصوم تفطر على شهادته ومتى أفطرت عند كمال العدد على شهادته فقد أفطرت بقول الواحد، وهذا لا يجوز لاحتمال أن هذا اليوم من رمضان؟ فأجاب محمد - رحمه الله - فقال: لا أتهم المسلم أن يتعجل يوما مكان يوم، ومعناه

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٥٦/٢

أن الظاهر أنه إن كان صادقا في شهادته فالصوم وقع في أول الشهر فيختم بكمال العدد، وقيل فيه **بجواب** آخر، وهو أن جواز الفطر عند كمال العدد لم يثبت بشهادته مقصودا بل بمقتضى الشهادة.

وقد يثبت بمقتضى الشيء ما لا يثبت به مقصودا كالميراث بحكم النسب الثابت أنه يظهر بشهادة القابلة بالولادة وإن كان لا يظهر بشهادتها مقصودا، والاستشهاد على مذهبهما لا على مذهب أبي حنيفة لأن شهادة القابلة بالولادة لا تقبل في حق الميراث عنده.

(وأما) هلال ذي الحجة فإن كانت السماء مصحية فلا يقبل فيه إلا ما يقبل في هلال رمضان، وهلال شوال وهو ما ذكرنا وإن كان بالسماء علة فقد قال أصحابنا: إنه يقبل فيه شهادة الواحد، وذكر الكرخي أنه لا يقبل فيه إلا شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين كما في هلال شوال لأنه يتعلق بهذه الشهادة حكم شرعي وهو وجوب الأضحية على الناس فيشترط فيه العدد، والصحيح: هو الأول لأن هذا ليس من باب الشهادة بل من باب الإخبار.

ألا ترى أن الأضحية تجب على الشاهد ثم تتعدى إلى غيره فكان من باب الخبر ولا يشترط فيه العدد.

ولو رأوا يوم الشك الهلال بعد الزوال أو قبله فهو لليلة المستقبلة في قول أبي حنيفة ومحمد ولا يكون ذلك اليوم من رمضان، وقال أبو يوسف: إن كان بعد الزوال فكذلك وإن كان قبل الزوال فهو لليلة الماضية ويكون ذلك اليوم من رمضان، والمسألة مختلفة بين الصحابة.

وروي عن عمر وابن مسعود وابن عمر وأنس مثل قولهما.

وروي عن عمر - رضي الله عنه - رواية أخرى مثل قوله وهو قول علي وعائشة - رضي الله عنهما -.

وعلى هذا الخلاف هلال شوال إذا رأوه يوم الشك وهو يوم الثلاثين من رمضان قبل الزوال أو بعده فهو لليلة المستقبلة عندهما، ويكون اليوم من رمضان، وعنده إن رأوه قبل الزوال يكون لليلة الماضية ويكون اليوم يوم الفطر، والأصل عندهما أنه لا يعتبر في رؤية الهلال قبل الزوال ولا بعده وإنما العبرة لرؤيته قبل غروب الشمس، وعنده يعتبر وجه قول أبي يوسف إن الهلال لا يرى قبل الزوال عادة، إلا أن يكون لليلتين، وهذا يوجب كون اليوم من رمضان في هلال رمضان، وكونه يوم الفطر في هلال شوال، ولهما قول النبي - صلى الله عليه وسلم - «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته» أمر بالصوم، والفطر بعد الرؤية، وفيما قاله أبو يوسف يتقدم وجوب الصوم، والفطر على الرؤية وهذا خلاف النص، ولو أن أهل مصر لم يروا الهلال فأكملوا شعبان ثلاثين يوما ثم صاموا وفيهم رجل صام يوم الشك بنية رمضان ثم رأوا هلال شوال عشية التاسع، والعشرين من رمضان فصام أهل المصر تسعة وعشرين يوما وصام ذلك الرجل ثلاثين يوما فأهل المصر قد أصابوا وأحسنوا وأساء ذلك الرجل وأخطأ لأنه خالف السنة إذ السنة أن يصام رمضان لرؤية الهلال إذا كانت السماء مصحية، أو بعد شعبان ثلاثين يوما كما نطق به الحديث.

وقد عمل أهل المصر بذلك وخالف الرجل فقد أصاب أهل المصر وأخطأ الرجل ولا قضاء على أهل المصر لأن الشهر قد يكون ثلاثين يوما وقد يكون تسعة وعشرين يوما، لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «الشهر هكذا وهكذا وأشار إلى جميع أصابع يديه ثم قال: الشهر هكذا وهكذا ثلاثا وحبس إبهامه في المرة الثالثة» فثبت أن الشهر قد يكون ثلاثين وقد

يكون تسعة وعشرين وقد روي عن أنس – رضي الله تعالى عنه – أنه قال: «صمنا على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم –." (١)

"الرمي في يوم النحر فكذا في اليوم الثاني والثالث؛ لأن الكل أيام النحر، وجه الرواية المشهورة ما روي عن جابر – رضي الله عنه – «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – رمى الجمرة يوم النحر ضحى، ورمى في بقية الأيام بعد الزوال» ، وهذا باب لا يعرف بالقياس بل بالتوقيف، فإن أخر الرمي فيهما إلى الليل فرمى قبل طلوع الفجر جاز، ولا شيء عليه؛ لأن الليل وقت الرمي في أيام الرمي لما روينا من الحديث فإذا رمى في اليوم الثاني من أيام التشريق بعد الزوال فأراد أن ينفر من منى إلى مكة، وهو المراد من النفر الأول فله ذلك لقوله تعالى ﴿فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه﴾ [البقرة: ٢٠٣] أي من نفر إلى مكة بعدما رمى يومين من أيام التشريق، وترك الرمي في اليوم الثالث فلا إثم عليه في تعجيله، والأفضل أن لا يتعجل بل يتأخر إلى آخر أيام التشريق، وهو اليوم الثالث منها فيستوفي الرمي في الأيام كلها ثم ينفر، وهو المعني من النفر الثاني، وذلك معنى قوله تعالى ﴿ومن تأخر فلا إثم عليه﴾ [البقرة: ٢٠٣] ، وفي ظاهر هذه الآية الشريفة **إشكال** من وجهين: أحدهما أنه ذكر قوله تعالى ﴿فلا إثم عليه﴾ [البقرة: ٢٠٣] في المتعجل، والمتأخر جميعا، وهذا إن كان يستقيم في حق المتعجل؛ لأنه يترخص لا يستقيم في حق المتأخر؛ لأنه أخذ بالعزيمة والأفضل، والثاني أنه قال تعالى في المتأخر ﴿فلا إثم عليه لمن اتقى﴾ [البقرة: ٢٠٣] قيده بالتقوى، وهذا التقييد بالمتعجل أليق؛ لأنه أخذ بالرخصة، ولم يذكر فيه هذا التقييد، **والجواب** عن **الإشكال** الأول ما روي عن ابن عباس – رضي الله عنه – أنه قال في هذه الآية فمن تعجل في يومين غفر له، ومن تأخر غفر له

وكذا روي عن ابن مسعود – رضي الله عنه – أنه قال في قوله تعالى ﴿فلا إثم عليه﴾ [البقرة: ٢٠٣] رجع مغفورا له، وأما قوله تعالى ﴿لمن اتقى﴾ [البقرة: ٢٠٣] فهو بيان أن ما سبق من وعد المغفرة للمتعجل والمتأخر بشرط التقوى، ثم من أهل التأويل من صرف التقوى إلى الاتقاء عن قتل الصيد في الإحرام أي لمن اتقى قتل الصيد في حال الإحرام، وصرف أيضا قوله تعالى ﴿واتقوا الله﴾ [البقرة: ٢٠٣] أي فاتقوا الله ولا تستحلوا قتل الصيد في الإحرام، ومنهم من صرف التقوى إلى الاتقاء عن المعاصي كلها في الحج، وفيما بقي من عمره، ويحتمل أن يكون المراد منه التقوى عما حظر عليه الإحرام من الرفث، والفسوق، والجدال، وغيرها، والله أعلم.

وإنما يجوز له النفر في اليوم الثاني والثالث ما لم يطلع الفجر من اليوم الثاني فإذا طلع الفجر لم يجز له النفر.

وأما وقت الرمي من اليوم الثالث من أيام التشريق، وهو اليوم الرابع من أيام الرمي فالوقت المستحب له بعد الزوال، ولو رمى قبل الزوال يجوز في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف، ومحمد لا يجوز، واحتجا بما روي عن جابر – رضي الله عنه – «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – رمى الجمرة يوم النحر ضحى، ورمى في بقية الأيام بعد الزوال» ، وأوقات المناسك لا تعرف قياسا فدل أن وقته بعد الزوال، ولأن هذا يوم من أيام الرمي فكان وقت الرمي فيه بعد الزوال كاليوم الثاني والثالث من أيام التشريق، ولأبي حنيفة ما روي عن ابن عباس – رضي الله عنه – أنه قال إذا افتتح النهار من آخر أيام التشريق

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٢/٨٢

جاز الرمي، والظاهر أنه قاله سماعا من النبي – صلى الله عليه وسلم – إذ هو باب لا يدرك بالرأي، والاجتهاد فصار اليوم الأخير من أيام التشريق مخصوصا من حديث جابر – رضي الله عنه – بهذا الحديث أو يحمل فعله في اليوم الأخير على الاستحباب، ولأن له أن ينفر قبل الرمي، ويترك الرمي في هذا اليوم رأسا فإذا جاز له ترك الرمي أصلا فلأن يجوز له الرمي قبل الزوال أولى، والله أعلم.

[فصل مكان رمي الجمار]

(فصل) :

وأما مكان الرمي ففي يوم النحر عند جمرة العقبة، وفي الأيام الأخر عند ثلاثة مواضع: عند الجمرة الأولى، والوسطى، والعقبة، ويعتبر في ذلك كله مكان وقوع الجمرة لا مكان الرمي حتى لو رماها من مكان بعيد فوقعت الحصاة عند الجمرة أجزأه، وإن لم تقع عنده لم تجزها إلا إذا، وقعت بقرب منها؛ لأن ما يقرب من ذلك المكان كان في حكمه لكونه تبعا له، والله أعلم.

[فصل عدد الجمار]

(فصل) :

وأما الكلام في عدد الجمار وقدرها، وجنسها، ومأخذها، ومقدار ما يرمى كل يوم عند كل موضع، وكيفية الرمي، وما يسن في ذلك، وما يستحب، وما يكره فيأتي إن شاء الله تعالى في بيان سنن أفعال الحج، والله أعلم.

[فصل بيان حكم رمي الجمار إذا تأخر عن وقته]

(فصل) :

وأما بيان حكمه إذا تأخر عن وقته أو فات فنقول: إذا ترك من جمار يوم النحر حصاة أو حصاتين أو ثلاثا إلى الغد فإنه يرمي ما ترك أو يتصدق لكل حصاة نصف صاع من حنطة إلا أن يبلغ قدر الطعام دما فينقص ما شاء، ولا." (١)

"لو سافر بها لم يكن للزوج منعها، فكذا إذا أذن لها في السفر.

وأما بيان ما يتحلل به، فالتحلل عن هذا النوع من الإحصار يقع بفعل الزوج والمولى أدنى محظورات الإحرام من قص ظفرهما أو تطييبهما، أو بفعلهما ذلك بأمر الزوج والمولى، أو بامتشاط الزوجة رأسها بأمر الزوج، أو تقبيلها، أو معانقتها فتحل بذلك، والأصل فيه ما روي «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال لعائشة – رضي الله عنها – حين حاضت في العمرة: امتشطي وارفضي عنك العمرة» ولأن التحلل صار حقا عليهما للزوج والمولى، فجاز بمباشرتهما أدنى ما يحظره الإحرام، ولا يكون التحلل بقوله: حللتك؛ لأن هذا تحليل من الإحرام فلا يقع بالقول، كالرجل الحر إذا أحصر فقال: حللت نفسي.

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ١٣٨/٢

وأما وجوب قضاء ما أحرم به بعد التحلل فجملة الكلام فيه أن المحصر لا يخلو إما أن كان أحرم بالحجة لا غير، وإما أن كان أحرم بالعمرة لا غير، وإما أن كان أحرم بهما، بأن كان قارنا، فإن كان أحرم بالحجة لا غير، فإن بقي وقت الحج عند زوال الإحصار، وأراد أن يحج من عامه ذلك، أحرم وحج، وليس عليه نية القضاء، ولا عمرة عليه كذا ذكره محمد في الأصل.

وذكر ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: وعليه دم لرفض الإحرام الأول، وإن تحولت السنة فعليه قضاء حجة وعمرة، ولا تسقط عنه تلك الحجة إلا بنية القضاء.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن عليه قضاء حجة وعمرة في الوجهين جميعا، وعليه نية القضاء فيهما وهو قول زفر ذكره القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وعلى هذا التفصيل والاختلاف ما إذا أحرمت المرأة بحجة التطوع بغير إذن زوجها فمنعها زوجها فحللها، ثم أذن لها بالإحرام فأحرمت في عامها ذلك، أو تحولت السنة فأحرمت.

وجه قول زفر أن ما تحجه في هذا العام دخل في حد القضاء؛ لأنه يؤدى بإحرام جديد؛ لانفساخ الأول بالتحلل فيكون قضاء، فلا يتأدى إلا بنية القضاء وعليه حجة وعمرة كما لو تحولت السنة.

ولنا أن القضاء اسم للفائت عن الوقت، ووقت الحج باق فكان الحج فيه أداء لا قضاء، فلا يفتقر إلى نية القضاء، ولا تلزمه العمرة؛ لأن لزومها لفوات الحج في عامه ذلك، ولم يفت.

وقال الشافعي: عليه قضاء حجة لا غير، وإن تحولت السنة واحتج بما روي عن ابن عباس أنه قال: " حجة بحجة، وعمرة بعمرة " وهو المعني له في المسألة، إن القضاء يكون مثل الفائت، والفائت هو الحجة لا غير، فمثلها الحجة لا غير، وروينا عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «من كسر أو عرج حل وعليه الحج من قابل» ولم يذكر العمرة ولو كانت واجبة لذكرها.

ولنا الأثر والنظر أما الأثر: فما روي عن ابن مسعود، وابن عمر – رضي الله عنهما – أنهما قالا في المحصر بحجة: " يلزمه حجة وعمرة " وأما النظر: فلأن الحج قد وجب عليه بالشروع، ولم يمض فيه، بل فاته في عامه ذلك، وفائت الحج يتحلل بأفعال العمرة فإن قيل: فائت الحج يتحلل بالطواف لا بالدم والمحصر قد حل بالدم وقام الدم مقام الطواف من الذي يفوته الحج، فكيف يلزمه طواف آخر؟ **فالجواب**: أن الدم الذي حل به المحصر ما وجب بدلا عن الطواف ليقال: إنه قام مقام الطواف، فلا يجب عليه طواف آخر، وإنما وجب لتعجيل الإحلال؛ لأن المحصر لو لم يبعث هديا؛ لبقي على إحرامه مدة مديدة، وفيه حرج وضرر، فجعل له أن يتعجل الخروج من إحرامه، ويؤخر الطواف الذي لزمه بدم يهريقه فحل بالدم ولم يبطل الطواف، وإذا لم يبطل الدم عنه الطواف، ولم يجعل بدلا عنه، فعليه أن يأتي به بإحرام جديد، فيكون ذلك عمرة، والدليل على أن دم الإحصار ما وجب بدلا عن الطواف الذي يتحلل به فائت لحج، أن فائت الحج لو أراد أن يفسخ الطواف الذي لزمه بدم يريقه بدلا عنه، ليس له ذلك بالإجماع، فثبت أن دم الإحصار لتعجيل الإحلال به، لا بدلا عن الطواف، فاندفع **الإشكال** بحمد الله تعالى ومنه.

وأما حديث ابن عباس – رضي الله عنهما – إن ثبت فهو تمسك بالمسكوت؛ لأن قوله " حجة بحجة، وعمرة بعمرة "

يقتضي وجوب الحجة بالحجة، والعمرة بالعمرة، وهذا لا ينفي وجوب العمرة والحجة بالحجة ولا يقتضي أيضا، فكان مسكوتا عنه فيقف على قيام الدليل، وقد قام دليل الوجوب وهو ما ذكرنا وهو كقوله تعالى ﴿الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى﴾ [البقرة: ١٧٨] أنه لا ينفي قتل الحر بالعبد والأنثى بالذكر بالإجماع كذا هذا، ويحمل على فائت الحج وهو الذي لم يدرك الوقوف بدليل أنه يتحلل بأفعال العمرة، وعليه قضاء الحج من قابل ولا عمرة عليه.

وإن كان إحرامه بالعمرة لا غير قضاها لوجوبها بالشروع في أي وقت شاء؛ لأنه ليس لها وقت." (١)

"معين.

وإن كان أحرم بالعمرة والحجة إن كان قارنا؛ فعليه قضاء حجة وعمرتين، أما قضاء حجة وعمرة فلوجوبهما بالشروع.

وأما عمرة أخرى فلفوات الحج في عامه ذلك، وهذا على أصلنا.

فأما على أصل الشافعي فليس عليه إلا حجة، بناء على أصله أن القارن محرم بإحرام واحد، ويدخل إحرام العمرة في الحجة، فكان حكمه حكم المفرد بالحج، والمفرد بالحج إذا أحصر لا يجب عليه إلا قضاء حجة عنده، فكذا القارن والله أعلم.

وأما حكم زوال الإحصار: فالإحصار إذا زال لا يخلو من أحد وجهين: إما أن زال قبل بعث الهدي أو بعد ما بعث، فإن زال قبل أن يبعث الهدي مضى على موجب إحرامه، وإن كان قد بعث الهدي ثم زال الإحصار فهذا لا يخلو من أربعة أوجه.

إما أن كان يقدر على إدراك الهدي، والحج، أو لا يقدر على إدراكهما جميعا، أو يقدر على إدراك الهدي دون الحج، أو يقدر على إدراك الحج دون الهدي، فإن كان يقدر على إدراك الهدي والحج لم يجز له التحلل ويجب عليه المضي فإن إباحة التحلل لعذر الإحصار، والعذر قد زال، وإن كان لا يقدر على إدراك واحد منهما لم يلزمه المضي، وجاز له التحلل؛ لأنه لا فائدة في المضي، فتقرر الإحصار فيتقرر حكمه، وإن كان يقدر على إدراك الهدي، ولا يقدر على إدراك الحج لا يلزمه المضي أيضا لعدم الفائدة في إدراك الهدي دون إدراك الحج، إذ الذهاب لأجل إدراك الحج، فإذا كان لا يدرك الحج فلا فائدة في الذهاب، فكانت قدرته على إدراك الهدي والعدم بمنزلة واحدة، وإن كان يقدر على إدراك الحج ولا يقدر على إدراك الهدي قيل: إن هذا الوجه الرابع إنما يتصور على مذهب أبي حنيفة؛ لأن دم الإحصار عنده لا يتوقف بأيام النحر، بل يجوز قبلها فيتصور إدراك الحج دون إدراك الهدي.

فأما على مذهب أبي يوسف، ومحمد فلا يتصور هذا الوجه إلا في المحصر عن العمرة؛ لأن دم الإحصار عندهما مؤقت بأيام النحر، فإذا أدرك الحج فقد أدرك الهدي ضرورة، وإنما يتصور عندهما في المحصر عن العمرة؛ لأن الإحصار عنها لا يتوقت بأيام النحر بلا خلاف، وإذا عرف هذا فقياس مذهب أبي حنيفة في هذا الوجه أنه يلزمه المضي، ولا يجوز له التحلل؛ لأنه إذا قدر على إدراك الحج لم يعجز عن المضي في الحج، فلم يوجد عذر الإحصار، فلا يجوز له التحلل ويلزمه المضي، وفي

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ١٨٢/٢

الاستحسان لا يلزمه المضي ويجوز له التحلل إلا أنه إذا كان لا يقدر على إدراك الهدي صار كأن الإحصار زال عنه بالذبح فيحل بالذبح عنه؛ ولأن الهدي قد مضى في سبيله بدليل أنه لا يجب الضمان بالذبح على من بعث على يده بدنة، فصار كأنه قدر على الذهاب بعد ما ذبح عنه والله أعلم.

[فصل محظورات الإحرام]

(فصل) :

وأما بيان ما يحظره الإحرام وما لا يحظره، وبيان ما يجب بفعل المحظور، فجملة الكلام فيه أن محظورات الإحرام في الأصل نوعان.

نوع لا يوجب فساد الحج، ونوع يوجب فساده، أما الذي لا يوجب فساد الحج فأنواع:.

بعضها يرجع إلى اللباس، وبعضها يرجع إلى الطيب وما يجري مجراه من إزالة الشعث، وقضاء التفث، وبعضها يرجع إلى توابع الجماع، وبعضها يرجع إلى الصيد أما الأول: فالمحرم لا يلبس المخيط جملة، ولا قميصا ولا قباء، ولا جبة، ولا سراويل، ولا عمامة، ولا قلنسوة، ولا يلبس خفين إلا أن يجد نعلين، فلا بأس أن يقطعهما أسفل الكعبين فيلبسهما، والأصل فيه ما روي عن عبد الله بن عمر أن رجلا سأل النبي - صلى الله عليه وسلم - وقال: ما يلبس المحرم من الثياب؟ فقال: «لا يلبس القميص، ولا العمائم، ولا السراويلات، ولا البرانس، ولا الخفاف إلا أحد لا يجد النعلين، فليلبس الخفين وليقطعهما أسفل من الكعبين، ولا يلبس من الثياب شيئا مسه الزعفران، ولا الورس، ولا تنتقب المرأة، ولا تلبس القفازين» فإن قيل: في هذا الحديث ضرب **إشكال**؛ لأن فيه أن النبي - صلى الله عليه وسلم - سئل عما يلبس المحرم؟ فقال: لا يلبس كذا وكذا من المخيط، فسئل عن شيء فعدل عن محل السؤال، وأجاب عن شيء آخر لم يسأل عنه، وهذا محيد عن **الجواب**، أو يوجب أن يكون إثبات الحكم في مذكور دليلا على أن الحكم في غيره بخلافه، وهذا خلاف المذهب **فالجواب** عنه من وجوه أحدها: أنه يحتمل أن يكون السؤال عما لا يلبسه المحرم، وأضمر.

(لا) في محل السؤال؛ لأن لا تارة تزاد في الكلام، وتارة تحذف عنه قال الله تعالى ﴿يبين الله لكم أن تضلوا﴾ [النساء: ١٧٦] أي: لا تضلوا فكان معنى الكلام أنه سئل عما لا يلبسه المحرم فقال: لا يلبس المحرم كذا وكذا فكان **الجواب** مطابقا للسؤال.

والثاني: يحتمل أن النبي - صلى الله عليه وسلم -." (١)

"أصل الحظر والثاني أن حكم الطلاق زوال الحل وهو حل المحلية فيتقدر بقدر الحل وحل الأمة أنقص من حل الحرة؛ لأن الرق ينقص الحل؛ لأن الحل نعمة لكونه وسيلة إلى النعمة؛ وهي مقاصد النكاح والوسيلة إلى النعمة نعمة، وللرق أثر في نقصان النعمة ولهذا أثر في نقصان المالكية حتى يملك الحر التزوج بأربع نسوة والعبد لا يملك التزوج إلا بامرأتين وأما الحديثان فقد قيل: إنهما غريبان ثم إنهما من الآحاد ولا يجوز تقييد مطلق الكتاب العزيز بخبر الواحد ولا معارضة الخبر

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ١٨٣/٢

المشهور به ثم نقول: لا حجة فيهما أما الأول فلأن قوله «الطلاق بالرجال» إلصاق الاسم بالاسم فيقتضي ملصقا محذوفا، والملصق المحذوف يحتمل أن يكون هو الإيقاع ويحتمل أن يكون هو الاعتبار فلا يكون حجة مع الاحتمال وقوله: " الإيقاع لا يشكل " ممنوع بل قد يشكل وبيان **الإشكال** من وجهين: أحدهما أن النكاح مشترك بين الزوجين في الانعقاد والأصل في كل عقد – كان انعقاده بعاقدين – أن يكون ارتفاعه بهما أيضا كالبيع والإجارة ونحوهما، والثاني أنه مشترك بينهما في الأحكام والمقاصد فيشكل أن يكون الإيقاع بهما على الشركة فحل **الإشكال** بقوله " الطلاق بالرجال " وأما الثاني ففيه أن العبد يطلق ثنتين وهذا لا ينفي الثالثة كما يقال فلان يملك درهمين، وقوله – صلى الله عليه وسلم – «طلاق الأمة ثنتان» إضافة الطلاق إلى الأمة والإضافة للاختصاص فيقتضي أن يكون الطلاق المختص بالأمة ثنتان ولو ملك الثالثة عليها لبطل الاختصاص، ومثاله قول القائل " مال فلان درهمان " أنه ينفي الزيادة لما قلنا كذا هذا وقد خرج **الجواب** عن قوله إن الحل في جانبها ليس بنعمة لأنا بينا أنه نعمة في حقها أيضا، لكونه وسيلة إلى النعمة والملك في باب النكاح ليس بمقصود بل هو وسيلة إلى المقاصد التي هي نعم، والوسيلة إلى النعمة نعمة والله تعالى أعلم.

[فصل في بيان ركن الطلاق]

(فصل) :

وأما بيان ركن الطلاق فركن الطلاق هو اللفظ الذي جعل دلالة على معنى الطلاق لغة وهو التخلية والإرسال ورفع القيد في الصريح وقطع الوصلة ونحوه في الكناية أو شرعا، وهو إزالة حل المحلية في النوعين أو ما يقوم مقام اللفظ أما اللفظ فمثل أن يقول في الكناية: أنت بائن أو أبنتك أو يقول في الصريح أنت طالق أو طلقتك وما يجري هذا المجرى إلا أن التطليق والطلاق في العرف يستعملان في المرأة خاصة والإطلاق يستعمل في غيرها يقال في المرأة طلق يطلق تطليقا وطلاقا وفي البعير والأسير ونحوهما يقال أطلق يطلق إطلاقا وإن كان المعنى في اللفظين لا يختلف في اللغة ومثل هذا جائز كما يقال حصان وحصان وعديل وعدل فالحصان بفتح الحاء يستعمل في المرأة وبالخفض يستعمل في الفرس وإن كانا يدلان على معنى واحد لغة وهو المنع.

والعديل يستعمل في الآدمي والعدل فيما سواه، وإن كانا موجودين في المعادلة في اللغة كذا هذا، ولهذا قالوا: إن من قال لامرأته أنت مطلقة مخففا يرجع إلى نيته لأن الإطلاق في العرف يستعمل في إثبات الانطلاق عن الحبس والقيد الحقيقي، فلا يحمل على القيد الحكمي إلا بالنية ويستوي في الركن ذكر التطليقة وبعضها حتى لو قال لها أنت طالق بعض تطليقة أو ربع تطليقة أو ثلث تطليقة أو نصف تطليقة أو جزءا من ألف جزء من تطليقة يقع تطليقة كاملة وهذا على قول عامة العلماء.

وقال ربيعة الرأي لا يقع عليها شيء لأن نصف تطليقة لا يكون تطليقة حقيقة بل هو بعض تطليقة وبعض الشيء ليس عين ذلك الشيء إن لم يكن له غيره.

(ولنا) أن الطلاق لا يتبعض وذكر البعض فيما لا يتبعض ذكر لكله كالعفو عن بعض القصاص أنه يكون عفوا عن الكل.

ولو قال: أنت طالق طلقة واحدة ونصف أو واحدة وثلث طلقت اثنتين لأن البعض من تطليقة تطليقة كاملة فصار كأنه

قال أنت طالق اثنتين بخلاف ما إذا قال: أنت طالق واحدة ونصفها أو ثلثها أنه لا يقع إلا واحدة لأن هناك أضاف النصف إلى الواحدة الواقعة والواقع لا يتصور وقوعه ثانيا وهنا ذكر نصا منكرا غير مضاف إلى واقع فيكون إيقاع تطليقة أخرى.

ولو قال أنت طالق سدس تطليقة أو ثلث تطليقة أو نصف تطليقة أو ثلثي تطليقة فهو ثلاث لما ذكرنا أن كل جزء من التطليقة تطليقة كاملة هذا إذا كانت مدخولا بها فإن كانت غير مدخول بها فلا تقع إلا واحدة لأنها بانت بالأولى، كما إذا قال أنت طالق وطالق وطالق، ولو قال أنت طالق سدس تطليقة وثلثها ونصفها بعد أن لا يتجاوز العدد عن واحدة لو جمع ذلك فهو تطليقة واحدة ولو تجاوز بأن قال: أنت طالق سدس تطليقة وربعها." (١)

"أنك طالق، وأخبرك أن عليك ألف درهم.

ولو قالت المرأة لزوجها طلقني ثلاثا على ألف درهم فطلقها ثلاثا يقع عليها ثلاث تطليقات بألف، وهذا مما لا **إشكال** فيه، ولو طلقها واحدة وقعت واحدة رجعية بغير شيء في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف، ومحمد يقع واحدة بائنة بثلث الألف، ولو قالت: طلقني ثلاثا بألف درهم فطلقها ثلاثا يقع ثلاثة بألف درهم؛ لا شك فيه، ولو طلقها واحدة وقعت واحدة بائنة بثلث الألف في قولهم جميعا.

(وجه) قولهما أن كلمة على في المعاملات، وحرف الباء سواء يقال بعت عنك بألف، وبعت منك على ألف، ويفهم من كل واحدة منهما كون الألف بدلا.

وكذا قول الرجل لغيره احمل هذا الشيء إلى بيتي على درهم وقوله: بدرهم سواء حتى يستحق البدل فيهما جميعا، والأصل أن أجزاء البدل تنقسم على أجزاء المبدل إذا كان متعددا في نفسه فتنقسم الألف على الثلاث فيقع واحدة بثلث الألف كما لو ذكرت بحرف الباء فكانت بائنة؛ لأنها طلاق بعوض، ولأبي حنيفة أن كلمة على كلمة شرط فكان وجود الطلقات الثلاث شرطا لوجوب الألف فكانت الطلقة الواحدة بعض الشرط، والحكم لا يثبت بوجود بعض الشرط فلما لم يطلقها ثلاثا لا يستحق شيئا من الألف بخلاف حرف الباء فإنه حرف مبادلة فيقتضي انقسام البدل على المبدل فتنقسم الألف على التطليقات الثلاث فكان بمقابلة كل واحدة ثلث الألف، ولا يشكل هذا القدر بما إذا قال لها: طلقي نفسك ثلاثا بألف فطلقت نفسها واحدة أنه لا يقع شيء؛ لأن الزوج لم يرض بالبينونة إلا بكل الألف، فلا يجوز وقوع البينونة ببعضها، فإذا أمرته بالطلاق فقالت: طلقني ثلاثا بألف درهم فقد سألت الزوج أن يبينها بألف وقد أبانها بأقل من ذلك فقد زادها خيرا، **والإشكال** أنها سألته الإبانة الغليظة بألف، ولم يأت بها بل أتى بالخفيفة، ولعل لها غرضا في الغليظة، **والجواب** أن غرضها في استيفاء ما لها مع حصول البينونة التي وضع لها الطلاق أشد.

(وأما) قولهما إن كلمة على تستعمل في الإبدال فنعم لكن مجازا لا حقيقة، ولا تترك الحقيقة إلا لضرورة، وفي البيع، ونحوه ضرورة، ولا ضرورة في الطلاق على ما بينا على أن اعتبار الشرط يمنع الوجوب لما بينا، واعتبار البدل يوجب فيقع الشك في الوجوب، فلا يجب مع الشك ولو قالت امرأتان له طلقنا بألف درهم أو على ألف درهم فطلقهما يقع الطلاق ثلاثا

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٩٨/٣

عليهما بالألف، وهذا لا يشكل، ولو طلق إحداهما وقع الطلاق عليها بحصتها من الألف بالإجماع، والفرق لأبي حنيفة بين هذه المسألة، وبين مسألة الخلاف أنه لا غرض لكل واحدة من المرأتين في طلاق الأخرى فلم يعتبر معنى الشرط، وللمرأة غرض في اجتماع تطليقاتها؛ لأن ذلك أقوى للتحريم لثبوت البينونة الغليظة بها فاعتبر معنى الشرط، ولو قالت: طلقني واحدة بألف فقال: أنت طالق ثلاثا وقع الثلاث مجانا بغير شيء في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف، ومحمد: يقع ثلاث تطليقات؛ كل واحدة منها بألف، وهذه فريعة أصل ذكرناه فيما تقدم، وهو أن من أصل أبي حنيفة أن الثلاث لا تصلح **جوابا** للواحدة فإذا قال ثلاثا فقد عدل عما سألته فصار مبتدئا بالطلاق فتقع الثلاث بغير شيء، ومن أصلهما أن في الثلاث ما يصلح **جوابا** للواحدة؛ لأن الواحدة توجد في الثلاث فقد أتى بما سألته، وزيادة فيلزمها الألف كأنه قال: أنت طالق واحدة، وواحدة، وواحدة، ولو طلقني واحدة بألف فقال: أنت طالق ثلاثا وقف على قبولها عند أبي حنيفة إن قبلت جاز، وإلا بطل؛ لأنه عدل عما سألته فصار مبتدئا طلاقا بعوض فيقف على قبولها، وعند أبي يوسف، ومحمد يقع الثلاث، واحدة منها بألف كما سألت، واثنتان بغير شيء، وحكى الجصاص عن الكرخي أنه قال رجع أبو يوسف في هذه المسألة إلى قول أبي حنيفة.

وذكر أبو يوسف في الأمالي أن الثلاث يقع واحدة منها بثلث الألف، والاثنتان تقفان على قبول المرأة قال القدوري: وهذا صحيح على أصلهما؛ لأنها جعلت في مقابلة الواحدة ألفا فإذا أوقعها بثلث الألف فقد زادها خيرا، وابتدأ تطليقتين بثلثي الألف فوقف ذلك على قبولها، والله أعلم.

[فصل في شرائط ركن الطلاق وبعضها يرجع إلى نفس الركن]

(فصل) :

وأما الذي يرجع إلى نفس الركن فمنها أن لا يلحقه استثناء أصلا، ورأسا سواء كان وضعيا أو عرفيا عند عامة العلماء، وعند مالك الاستثناء العرفي لا يمنع وقوع الطلاق، وسنذكر المسألة إن شاء الله تعالى، والكلام في هذا الشرط يقع في مواضع في بيان أنواع الاستثناء، وفي بيان ماهية كل نوع، وفي بيان شرائط صحته أما الأول فالاستثناء في." [(١)]

"بألف بأن قال كل واحد منهما: قبلت بألف درهم، أو قال: قبلت ولم يقل بألف، أو قالا: ما قبلنا بألف، أو قالا: قبلنا ولم يذكرا الألف عتق أحدهما بألف لوجود شرط العتق وهو قبول كل واحد منهما الألف، ويقال للمولى اختر العتق في أحدهما؛ لأنه هو الذي أجمل العتق فكان البيان إليه، فأيهما اختار عتق ولزمته الألف، فإن مات قبل البيان يعتق من كل واحد منهما نصفه بخمسمائة ويسعى في نصف قيمته؛ لأنه لما مات قبل البيان وقد شاع عتق رقبة فيهما فيقسم عليهما نصفين.

ولو قال: أحدكما حر بألف درهم فقبلا، ثم قال: أحدكما حر بألف درهم، أو قال: أحدكما حر بغير شيء، فاللفظ الثاني

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ١٥٣/٣

لغو؛ لأنهما لما قبلا العتق بالإيجاب الأول، فقد نزل العتق في أحدهما لوجود شرط النزول وهو قبولهما، فالإيجاب الثاني يقع جمعا بين حر وعبد، فلا يصح، ولو لم يقبلا، ثم قال: أحدكما حر بغير شيء عتق أحدهما باللفظ الثاني بغير شيء؛ لأنهما لما لم يقبلا لم ينزل العتق بالإيجاب الأول، فصح الإيجاب الثاني وهو تنجيز العتق على أحدهما غير عين، فيقال للمولى: اصرف اللفظ الثاني إلى أحدهما، فإذا صرفه إلى أحدهما عتق ذلك بغير شيء؛ لأن التنجيز حصل بغير بدل.

وأما الآخر فإن قبل البدل في المجلس يعتق وإلا فلا؛ لأن الإيجاب الأول وقع صحيحا لحصوله بين عبدين، وتعلق العتق بشرط القبول، وقد وجد فيه ضرب **إشكال**، وهو أن شرط وجوب الحرية لأحدهما هو قبولهما، ولم يوجد ههنا إلا قبول أحدهما فينبغي أن لا يعتق العبد الآخر، **والجواب** أن الإيجاب أضيف إلى أحدهما.

ألا يرى أنه قال: أحدكما حر وقد وجد القبول من أحدهما ههنا، إلا أنه إذا لم ينجز عتق أحدهما يتوقف عتق أحدهما على قبولهما جميعا لاحتمال أنه أراد به الآخر، فإذا عينه في التخيير علم أنه ما أراده بالإيجاب الأول؛ لأن الإعتاق من المعتق لا يتصور فتعين الآخر للقبول، وقد قبل فيعتق، ولو قبلا جميعا قبل البيان عتقا؛ لأن العتق لم ينزل بالإيجاب الأول؛ لأنه تعليق العتق بشرط القبول، فلا ينزل قبل وجود الشرط فيصح الإيجاب الثاني، فإذا قبلا جميعا، فقد تيقنا بعتقهما؛ لأن أيهما أريد بالإيجاب الأول عتق بالقبول، وأيهما أريد بالإيجاب الثاني عتق من غير قبول؛ لأنه إيجاب بغير بدل، فكان عتق كل واحد منهما متيقنا به لكن عتق أحدهما بالإيجاب الأول وعتق الآخر بالإيجاب الثاني فيعتقان، ولا يقضى عليهما بشيء؛ لأن أحدهما وإن عتق بالإيجاب ببدل إلا أنه مجهول، والقضاء بإيجاب المال على المجهول متعذر كرجلين قالا لرجل: لك على أحدنا ألف درهم أنه لا يلزمهما بهذا الإقرار شيء لكون المقضي عليه مجهولا كذا هذا، ولو لم يقبلا جميعا ولكن قبل أحدهما لا يعتق إلا أحدهما لوجود شرط عتق أحدهما، وهو قبول أحدهما في هذه الصورة لما بينا من الفقه، ثم إن صرف المولى اللفظ الثاني إلى غير القابل عتق غير القابل بغير شيء وعتق القابل بألف، وإن صرف اللفظ الثاني إلى القابل عتق القابل بغير شيء وعتق غير القابل باللفظ الأول بألف إن قبل في المجلس؛ لأن القابل منهما يعتق بالإيجاب الأول، وإنه إيجاب ببدل فيعتق ببدل، وغير القابل يعتق بالإيجاب الثاني، وإنه إيجاب بغير بدل فيعتق بغير بدل.

ولو قال لعبديه أحدكما حر بغير شيء، ثم قال أحدكما حر بألف درهم، فالكلام الثاني لغو؛ لأن أحدهما عتق بالإيجاب الأول لوجود تنجيز العتق في أحدهما، فالثاني يقع جمعا بين الحر والعبد فيبطل.

ولو قال أحدكما حر بألف درهم فقبل أن يقبلا قال: أحدكما حر بمائة دينار، فإن قبل كل واحد منهما العتق بأحد المالين بأن قبل أحدهما بألف درهم وقبل الآخر بمائة دينار، أو قبل أحدهما بالمالين ولم يقبل الآخر، أو قبل أحدهما بالمالين وقبل الآخر بمال واحد لا يعتق واحد منهما؛ لأن للمولى أن يجمع المالين على أحدهما فيقول: عنيتك بالمالين، أو يقول: عنيت غيرك، فلا يثبت العتق مع الشك، فإن قبلا جميعا بالمالين، بأن قال كل واحد منهما: قبلت بالمالين، أو قالا جميعا: قد قبلنا يخير المولى فيقال له: إما أن تصرف اللفظين إلى أحدهما فتجمع المالين عليه فيعتق بالمالين ويبقى الآخر رقيقا، وإما أن تصرف أحد اللفظين إلى أحدهما والآخر إلى صاحبه، فيعتق أحدهما بألف درهم والآخر بمائة دينار؛ لأن الإيجابين وقعا

صحيحين أما الأول، فلا شك فيه، ولأنه أضيف إلى أحد العبدين، وكذا الثاني؛ لأن الإيجاب الأول لم يتصل به القبول والعتق معلق بالقبول، فالإيجاب الثاني حصل مضافا إلى أحد عبدين فيصح، ومتى صح الإيجاب الثاني فيحتمل أنه عنى به من عناه بالإيجاب الأول، ويحتمل أنه عنى به العبد الآخر؛ لذلك." (١)

"حتى انكسر يضمن عند أصحابنا الثلاثة، وكذلك الراعي المشترك إذا ساق الدواب على السرعة فازدحمن على القنطرة أو على الشط فدفع بعضها بعضا فسقط في الماء فعطب فعلى هذا الخلاف، ولو تلفت دابة بسوقه أو ضربه إياها فإن ساق سوقا معتادا أو ضرب ضربا معتادا فعطبت فهو على الاختلاف، وإن ساق أو ضرب سوقا، وضربا بخلاف العادة يضمن بلا خلاف؛ لأن ذلك إتلاف على طريق التعدي، ثم إذا تخرق الثوب من عمل الأجير حتى ضمن لا يستحق الأجرة؛ لأنه ما أوفى المنفعة بل المضرة؛ لأن إيفاء المنفعة بالعمل المصلح دون المفسد، وفي الحمال إذا وجب ضمان المتاع المحمول فصاحبه بالخيار: إن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي سلمه إليه، وإن شاء في الموضع الذي فسد أو هلك، وأعطاه الأجر إلى ذلك الموضع.

وروي عن أبي حنيفة أنه لا خيار له بل يضمنه قيمته محمولا في الموضع الذي فسد أو هلك، أما التخيير على أصل أبي يوسف ومحمد فظاهر؛ لأنه وجد جهتا الضمان: القبض والإتلاف، فكان له أن يضمنه بالقبض يوم القبض، وله أن يضمنه بالإتلاف يوم الإتلاف، أما على أصل أبي حنيفة ففيه **إشكال**؛ لأن عنده الضمان يجب بالإتلاف لا بالقبض فكان لوجوب الضمان سبب واحد، وهو الإتلاف، فيجب أن تعتبر قيمة يوم الإتلاف، ولا خيار له فيما يروى عنه، **والجواب** عنه من وجهين: أحدهما: أنه وجد ههنا سببان لوجوب الضمان: أحدهما: الإتلاف، والثاني: العقد؛ لأن الأجير بالعقد السابق التزم الوفاء بالمعقود عليه وذلك بالعمل المصلح وقد خالف، والخلاف من أسباب وجوب الضمان فثبت له الخيار: إن شاء ضمنه بالعقد، وإن شاء بالإتلاف والثاني أنه لما لم يوجد منه إيفاء المنفعة في القدر التالف فقد تفرقت عليه الصفقة في المنافع فيثبت له الخيار: إن شاء رضي بتفريقها، وإن شاء فسخ العقد، ولا يكون ذلك إلا بالتخيير، ولو كان المستأجر على حمله عبيدا صغارا أو كبارا فلا ضمان على المكاري فيما عطب من سوقه، ولا قوده، ولا يضمن بنو آدم من وجه الإجارة، ولا يشبه هذا المتاع؛ لأن ضمان بني آدم ضمان جناية، وضمان الجناية لا يجب بالعقد، دلت هذه المسألة على أن ما يضمنه الأجير المشترك يضمنه بالعقد لا بالإفساد، والإتلاف؛ لأن ذلك يستوي فيه المتاع والآدمي، وأن وجوب الضمان فيه بالخلاف لا بالإتلاف، وذكر بشر في نوادره عن أبي يوسف في القصار إذا استعان بصاحب الثوب ليدق معه فتخرق، ولا يدرى من أي الدق تخرق وقد كان صحيحا قبل أن يدقاه، قال: على القصار نصف القيمة، وقال ابن سماعة عن محمد: إن الضمان كله على القصار حتى يعلم أنه تخرق من دق صاحبه أو من دقهما، فمحمد مر على أصلهما أن الثوب دخل في ضمان القصار بالقبض بيقين فلا يخرج عن ضمانه إلا بيقين مثله، وهو أن يعلم أن التخرق حصل بفعل غيره، ولأبي يوسف أن الفساد احتمل أن يكون من فعل القصار، واحتمل أنه من فعل صاحب الثوب، فيجب الضمان على القصار في حال، ولا يجب في حال فلزم اعتبار الأحوال فيه، فيجب نصف القيمة، وقالوا في تلميذ الأجير المشترك

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٤/ ٧٨

إذا، وطئ ثوبا من القصارة فخرقه يضمن؛ لأن وطء الثوب غير مأذون فيه ولو، وقع من يده سراج فأحرق ثوبا من القصارة فالضمان على الأستاذ، ولا ضمان على التلميذ؛ لأن الذهاب، والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه فينتقل عمله إلى الأستاذ كأنه فعله بنفسه، فيجب الضمان عليه، ولو دق الغلام فانقلب الكودين من غير يده فخرق ثوبا من القصارة فالضمان على الأستاذ؛ لأن هذا من عمل القصارة فكان مضافا إلى الأستاذ، فإن كان ثوبا وديعة عند الأستاذ فالضمان على الغلام؛ لأن عمله إنما يضاف إلى الأستاذ فيما يملك تسليطه عليه واستعماله فيه، وهو إنما يملك ذلك في ثياب القصارة لا في ثوب الوديعة، فبقي مضافا إليه، فيجب عليه الضمان كالأجنبي، وكذلك لو وقع من يده سراج على ثوب الوديعة فأحرقه فالضمان على الغلام لما قلنا، وذكر في الأصل لو أن رجلا دعا قوما إلى منزله فمشوا على بساطه فتخرق لم يضمنوا، وكذلك لو جلسوا على وسادة؛ لأنه مأذون في المشي على البساط والجلوس على الوسادة، فالمتولد منه لا يكون مضمونا، ولو وطئوا آنية من الأواني ضمنوا؛ لأن هذا مما لا يؤذن في وطئه، فكذلك إذا وطئوا ثوبا لا يبسط مثله، ولو قلبوا إناء بأيديهم فانكسر لم يضمنوا؛ لأن ذلك عمل مأذون فيه، ولو كان رجل منهم مقلدا سيفا فخرق السيف الوسادة لم يضمن؛ لأنه مأذون في الجلوس على هذه الصفة، ولو جفف القصار ثوبا على حبل في الطريق فمرت عليه حمولة فخرقته فلا ضمان." (١)

"معلومة ثم إن وجدها كما سمى فالأمر ماض ولا خيار للمشتري وإن وجدها أزيد من مائة قفيز فالزيادة لا تسلم للمشتري بل ترد إلى البائع ولا يكون للمشتري إلا قدر ما سمى وهو مائة قفيز ولا خيار له وإن وجدها أقل من مائة قفيز فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وطرح حصة النقصان وإن شاء تركها وأصل هذا أن الزيادة فيما لا ضرر في تبعيضه لا تجري مجرى الصفة بل هي أصل فلا بد وأن يقابله الثمن، ولا ثمن للزيادة فلا يدخل في البيع فكان ملك البائع فيرد إليه، والنقصان فيه نقصان الأصل لا نقصان الصفة فإذا وجدها أنقص مما سمى؛ نقص من الثمن حصة النقصان وإن شاء ترك؛ لأن الصفقة تفرقت عليه؛ لأنها وقعت على مائة قفيز ولم تسلم له فأوجب خللا في الرضا فيثبت له خيار الترك وكذا الجواب في الموزونات التي ليس في تنقيصها ضرر؛ لأن الزيادة فيها لا تجري مجرى الصفة بل هي أصل بنفسها وكذلك المعدودات المتقاربة.

(وأما) المذروعات من الثوب والأرض والخشب وغيرها فإن سمى لجملة الذرعان ثمنا واحدا ولم يسم لكل ذراع منها على حدة بأن قال: بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم فالبيع جائز؛ لأن المبيع وثمنه معلومان ثم إن وجده مثل ما سمى لزمه الثوب بعشرة دراهم ولا خيار له، وإن وجده أحد عشر ذراعا فالزيادة سالمة للمشتري، وإن وجده تسعة أذرع لا يطرح لأجل النقصان شيئا من الثمن وهو بالخيار: إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك، فرق بينهما وبين المكيلات والموزونات التي ليس في تنقيصها ضرر والعدديات المتقاربة.

(ووجه) الفرق أن زيادة الذرع في الذرعيات جارية مجرى الصفة كصفة الجودة والكتابة والخياطة ونحوها والثمن يقابل الأصل لا الصفة؛ والدليل على أنها جارية مجرى الصفة أن وجودها يوجب جودة في الباقي وفواتها يسلب صفة الجودة ويوجب

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٤/٢١٢

الرداءة فتلحق الزيادة بالجودة والنقصان بالرداءة حكما والجودة والرداءة صفة، والصفة ترد على الأصل دون الصفة، إلا أن الصفة تملك تبعا للموصوف لكونها تابعة قائمة به فإذا زاد صار كأنه اشتراه رديئا فإذا هو جيد، كما إذا اشترى عبدا على أنه ليس بكاتب أو ليس بخياط فوجده كاتبا أو خياطا أو اشترى عبدا على أنه أعور فوجده سليم العينين أو اشترى جارية على أنها ثيب فوجدها بكرا؛ تسلم له ولا خيار للبائع كذا هذا وإذا نقص صار كأنه اشتراه على أنه جيد فوجده رديئا أو اشترى عبدا على أنه كاتب أو خباز أو صحيح العينين فوجده غير كاتب ولا خباز ولا صحيح العينين أو اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيبا؛ لا يطرح شيئا من الثمن لكن يثبت له الخيار كذا هذا بخلاف المكيلات والموزونات التي لا ضرر فيها إذا نقصت والمعدودات المتقاربة؛ لأن الزيادة فيها غير ملحقة بالأوصاف؛ لأنها أصل بنفسها حقيقة.

والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن إلا أنها ألحقت بالصفة في المذروعات ونحوها؛ لأن وجودها يوجب الجودة والكمال للباقي وفواتها يوجب النقصان والرداءة له، وهذا المعنى ههنا منعدم فبقيت أصلا بنفسها حقيقة وإن سمى لكل ذراع منها ثمنا على حدة بأن قال: بعت منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فالبيع جائز لما قلنا، ثم إن وجده مثل ما سمى فالأمر ماض ولزمه الثوب كل ذراع بدرهم وإن وجده أحد عشر ذراعا فهو بالخيار: إن شاء أخذ كله بأحد عشر درهما، وإن شاء ترك وإن وجده تسعة أذرع فهو بالخيار: إن شاء طرح حصة النقصان درهما وأخذه بتسعة دراهم، وإن شاء ترك؛ لتفرق الصفقة عليه وهذا يشكل على الأصل الذي ذكرنا أن زيادة الذرع في المذروعات تجري مجرى الصفة لها؛ لأن الثمن يقابل الأصل دون الوصف فينبغي أن تكون الزيادة سالمة للمشتري ولا خيار له ولا يطرح لأجل النقصان شيئا كما في الفصل الأول؛ لأن الثمن يقابل الأصل دون الصفة بمنزلة زيادة الجودة ونقصان الرداءة على ما ذكرنا.

وحل هذا الإشكال أن الذرع في المذروعات إنما يجري مجرى الصفة على الإطلاق إذا لم يفرد كل ذراع بثمن على حدة.

(فأما) إذا أفرد به فلا يجري مجرى الصفة مطلقا بل يكون أصلا من وجه وصفة من وجه: فمن حيث إن التبعيض فيها يوجب تعييب الباقي؛ كانت الزيادة صفة بمنزلة صفة الجودة، ومن حيث إنه سمى لكل ذراع ثمنا على حدة؛ كان كل ذراع معقودا عليه فكانت الزيادة أصلا من وجه صفة من وجه: فمن حيث إنها صفة كانت للمشتري؛ لأن الثمن يقابل الأصل." (١)

"واقتسما ما بقي من المال أثلاثا وعلى قوله الأول، يأخذ رب المال ألفي درهم ويأخذ ثلثي الألف الأخرى لما بينا، وإن كان في يد المضارب قدر ما ذكر أنه قبض من رأس المال أو أقل، ولم يكن في يده أكثر مما أقر، فالقول قول المضارب عندهم جميعا؛ لأنه لا سبيل إلى قبول قول رب المال في إيجاب الضمان على المضارب، فإن جاء المضارب بثلاثة آلاف درهم فقال: ألف رأس المال، وألف ربح، وألف وديعة لآخر، أو مضاربة لآخر، أو بضاعة لآخر، أو شركة لآخر، أو على ألف دين، فالقول في الوديعة والشركة والبضاعة والدين قول المضارب في الأقاويل كلها؛ لأن من في يده شيء فالظاهر أنه له، إلا أن يعترف به لغيره، ولم يعترف لرب المال بهذه الألف، فكان القول قوله فيها.

وكل من جعلنا القول قوله في هذا الباب فهو مع يمينه، ومن أقام منهما بينة على ما يدعي من فضل فالبينة بينة كل واحد

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٥/١٦٠

منهما تثبت زيادة، فبينة رب المال تثبت زيادة في رأس المال، وبينة المضارب تثبت زيادة في الربح.

وقال محمد – رحمه الله –: إذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم وقال المضارب بل شرطت لي الثلث فالقول قول المضارب؛ لأنهما اتفقا على شرط الثلث، وادعى رب المال زيادة لا منفعة له فيها إلا فساد العقد، فلا يقبل قوله وإن قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال؛ لأنها تثبت زيادة شرط.

ولو قال رب المال: شرطت لك الثلث إلا عشرة.

وقال المضارب: بل شرطت لي الثلث فالقول قول رب المال؛ لأنه أقر له ببعض الثلث والمضارب يدعي تمام الثلث، فلا يقبل قوله في زيادة شرط الربح، وفي هذا نوع **إشكال**، وهو أن المضارب يدعي صحة العقد، ورب المال يدعي فساده، فينبغي أن يكون القول قول المضارب **والجواب** أن دعوى رب المال وإن تعلق به فساد العقد لكنه منكر لزيادة يدعيها المضارب فيعتبر إنكاره؛ لأنه مفيد في الجملة.

ولو قال رب المال: شرطت لك نصف الربح وقال المضارب: شرطت لي مائة درهم أو: لم تشترط لي شيئا، ولي أجر المثل فالقول قول رب المال؛ لأن المضارب يدعي أجرا واجبا في ذمة رب المال، ورب المال ينكر ذلك، فيكون القول قوله فإن أقام رب المال البينة على شرط النصف، وأقام المضارب البينة على أنه لم يشترط له شيئا، فالبينة بينة رب المال؛ لأنها مثبتة للشرط وبينة المضارب نافية، والمثبتة أولى.

ولو أقام المضارب البينة أنه شرط له مائة درهم فبينته أولى؛ لأن البينتين استويا في إثبات الشرط وبينة المضارب أوجبت حكما زائدا، وهو إيجاب الأجر على رب المال، فكانت أولى وذكر الكرخي – رحمه الله – أنهم جعلوا حكم المزارعة في هذا الباب حكم المضاربة إلا في هذا الفصل خاصة، وهو أنه إذا أقام رب الأرض والبذر البينة على أنه شرط للعامل نصف الخارج، وقال العامل: شرطت لي مائة قفيز فالبينة بينة الدافع، وفي المضاربة البينة بينة المضارب والفرق بينهما أن المزارعة عقد لازم في جانب العامل، بدليل أن من لا بذر له من جهته، لو امتنع من العمل يجبر عليه، فرجحنا بينة من يدعي الصحة والمضاربة ليست بلازمة، فإن المضارب لو امتنع من العمل لا يجبر عليه، فلم يقع الترجيح بالتصحيح، فرجحنا بإيجاب الضمان وهو الأجر.

ولو قال رب المال: دفعت إليك بضاعة وقال المضارب: مضاربة بالنصف أو: مائة درهم فالقول قول رب المال؛ لأن المضارب يستفيد الربح بشرطه، وهو منكر، فكان القول قوله أنه لم يشترط ولأن المضارب يدعي استحقاقا في مال الغير، فالقول قول صاحب المال ولو قال المضارب: أقرضتني المال، والربح لي وقال رب المال: دفعت إليك مضاربة، أو: بضاعة فالقول قول رب المال؛ لأن المضارب يدعي عليه التمليك، وهو منكر، فإن أقاما البينة، فالبينة بينة المضارب؛ لأنها تثبت التمليك، ولأنه لا تنافي بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه بضاعة، أو مضاربة، ثم أقرضه ولو قال المضارب: دفعت إلي مضاربة وقال رب المال: أقرضتك فالقول قول المضارب؛ لأنهما اتفقا على أن الأخذ كان بإذن رب المال ورب المال يدعي على المضارب الضمان، وهو ينكر، فكان القول قوله فإن قامت لهما بينة فالبينة بينة رب المال؛ لأنها تثبت أصل الضمان.

ولو جحد المضارب المضاربة أصلا، ورب المال يدعي دفع المال إليه مضاربة فالقول قول المضارب؛ لأن رب المال يدعي

عليه قبض ماله، وهو ينكر، فكان القول قوله ولو جحد ثم أقر فقد قال ابن سماعة في نوادره: سمعت أبا يوسف قال في رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة ثم طلبه منه، فقال: لم تدفع إلي شيئا ثم قال: بلى أستغفر الله العظيم – قد دفعت إلي ألف درهم مضاربة ضامن للمال؛ لأنه أمين، والأمين إذا جحد الأمانة ضمن كالمودع.

وهذا لأن عقد المضاربة." (١)

"الآدمي نصفه فذهب قدر ما فيها من الدين وهو نصف نصف الدين وهو ربع الكل، وبقي الولد رهنا ببقية الدين وهو ثلاثة الأرباع، (فأما) إذا اعورت ثم ولدت، ففيه **إشكال** من حيث الظاهر: وهو أن قبل الاعورار كان كأن كل الدين فيها، وبالاعورار ذهب النصف وبقي النصف، فإذا ولدت ولدا، فينبغي أن يقسم النصف الباقي من الدين على الجارية العوراء وعلى ولدها أثلاثا، الثلثان على الولد، والثلث على الأم.

(**والجواب**) أن ذهاب نصف الدين بالاعورار لم يكن حتما بل على التوقف على تقدير عدم الولادة، فإذا ولدت، تبين أنه لم يكن ذهب بالاعورار إلا ربع الدين؛ لأن الزيادة تجعل كأنها موجودة لدى العقد، فصار كأنها ولدت ثم اعورت.

ولو هلك الولد وقد اعورت الأم قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين بالاعورار؛ لأن الولد لما هلك التحق بالعدم وجعل كأن لم يكن، وعادت حصته إلى الأم، وتبين أن الأم كانت رهنا بجميع الدين، فإذا اعورت ذهب بالاعورار نصفه وبقي النصف الآخر.

ولو لم يهلك ولكنه اعور ولم يسقط باعوراره شيء من الدين؛ لأنه لو هلك، لا يسقط، فإذا اعور أولى، لكن تلك القسمة التي كانت من حيث الظاهر تتغير؛ لأنها تحتمل التغيير بتغير قيمة الولد إلى الزيادة والنقصان؛ لما ذكرنا فيما تقدم وعلى هذا تخرج الزيادة في الرهن أنها مضمونة على أصل أصحابنا الثلاثة بأن رهن جارية ثم زاد عبدا؛ لأن هذه زيادة مقصودة؛ لورود فعل الرهن عليها مقصودا، فكانت مرهونة أصلا لا تبعا فكانت مضمونة، ويقسم الدين على المزيد عليه والزيادة، وجملة الكلام في كيفية الانقسام أن الراهن لا يخلو (إما) أن زاد في الرهن وليس في الرهن نماء، (وإما) أن كان فيه نماء، فإن لم يكن فيه نماء، يقسم الدين على المزيد عليه، والزيادة على قدر قيمتها حتى لو كانت قيمة الجارية ألفا وقيمة العبد ألف والدين ألف كان الدين فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسمائة.

ولو كانت قيمة العبد الزيادة خمسمائة، كان الدين فيهما أثلاثا، الثلثان في العبد والثلث في الجارية، وأيهما هلك يهلك بحصته من الدين؛ لأن كل واحد منهما مرهون مقصودا لا تبعا، إلا أنه تعتبر قيمة المزيد عليه يوم العقد وهو يوم قبضه، وقيمة الزيادة يوم الزيادة وهو يوم قبضها، ولا يعتبر تغير قيمتها بعد ذلك؛ لأن الزيادة والنقصان كل واحد منهما إنما دخل في الضمان بالقبض، فتعتبر قيمته يوم القبض، والقبض لم يتغير بتغير القيمة فلا تتغير القسمة، بخلاف زيادة الرهن وهي نماؤه أن القسمة تتغير بتغير قيمتها؛ لأنها مرهونة تبعا لا أصلا، والمرهون تبعا لا يأخذ حصة من الضمان إلا بالفكاك، فتعتبر قيمتها يوم الفكاك فكانت القسمة قبله محتملة للتغير.

ولو نقص الرهن الأصلي في يده حتى ذهب قدره من الدين ثم زاده الراهن بعد ذلك رهنا آخر يقسم ما بقي من الدين

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٦/١١٠

على قيمة الباقي وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت، نحو ما إذا رهن جارية قيمتها ألف بألف فاعورت، حتى ذهب نصف الدين وبقي النصف ثم زاد الراهن عبدا قيمته ألف؛ يقسم النصف الباقي على قيمة الجارية عوراء، وعلى قيمة العبد الزيادة أثلاثا، فيكون ثلثا هذا النصف وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، في العبد الزيادة والثلث وذلك مائة وستة وستون وثلثان في الجارية، فرق بين الزيادة في الرهن وزيادة الرهن وهي نماؤه بأن اعورت الجارية ثم ولدت ولدا قيمته ألف؛ أن الدين يقسم على قيمة الجارية يوم القبض صحيحة، وعلى قيمة الولد يوم الفكاك نصفين، فيكون في كل واحد منهما خمسمائة، ثم ما أصاب الأم وهو النصف ذهب بالاعورار نصفه وهو مائتان وخمسون وبقي ثلاثة أرباع الدين وذلك سبعمائة وخمسون في الأم والولد ثلثا ذلك خمسمائة في الولد، وثلث ذلك مائتان وخمسون في الأم، وفي الزيادة على الرهن يبقى الأصل والزيادة بنصف الدين.

(ووجه) الفرق بين الزيادتين أن حكم الرهن في هذه الزيادة وهي الزيادة على الرهن ثبت بطريق الأصالة لا بطريق التبعية؛ لكونها زيادة مقصودة؛ لورود فعل العقد عليها مقصودا فيعتبر في القسمة ما بقي من الدين وقت الزيادة، ولم يبق وقت الزيادة إلا النصف فيقسم ذلك النصف عليهما على قدر قيمتهما، بخلاف زيادة الرهن؛ لأنها ليست بمرهونة مقصودا؛ لانعدام وجود الرهن فيها مقصودا بل تبعا للأصل؛ لكونها متولدة منه فيثبت حكم الرهن فيها تبعا للأصل، كأنها متصلة به فتصير كأنها موجودة عند العقد، فكان الثابت في الولد غير ما كان ثابتا في الأم، فيعتبر في القسمة قيمة الأم يوم القبض، وكذلك لو قضى الراهن للمرتهن من الدين خمسمائة ثم زاده في الرهن." (١)

"دفع مرتد أرضه مزارعة إلى مسلم أما إذا دفع مسلم أرضه مزارعة إلى مرتد فهذا على وجهين: أيضا: إما أن دفع الأرض والبذر جميعا أو دفع الأرض دون البذر، فإن دفعهما جميعا مزارعة فعمل المرتد فأخرجت الأرض زرعا كثيرا ثم قتل المرتد أو مات أو لحق بدار الحرب فالخارج كله بين المسلم وبين ورثة المرتد على الشرط بلا خلاف؛ لأن انعدام صحة تصرف المرتد لا لعين ردته بل لتضمنه إبطال حق الورثة لتعلق حقهم بماله على ما مر، وعمل المرتد ههنا ليس تصرفا في ماله بل على نفسه بإيفاء المانع، ولا حق لورثته في نفسه فصحت المزارعة فكان الخارج على الشرط المذكور، وإن دفع الأرض دون البذر فعمل المرتد ببذره وأخرجت الأرض زرعا.

ففي قياس قول أبي حنيفة على قياس قول من أجاز المزارعة أن الخارج كله لورثة المرتد، ولا يجب نقصان الأرض؛ لأن عنده تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة للحال فلم تنفذ مزارعته فكان الخارج حادثا على ملكه لكونه نماء ملكه فكان لورثته، وفيه **إشكال** وهو أن هذا الخارج من أكساب ردته، وكسب الردة فيء عند أبي حنيفة، فكيف يكون لورثته؟ (**والجواب**) : أنه حين بذر كان حق الورثة متعلقا بالبذر؛ لما مر من قبل، فالحاصل منه يحدث على ملكهم فلا يكون كسب الردة، ولا يجب نقصان الأرض؛ لأن ضمان النقصان يعتمد إتلاف مال الغير بغير إذنه، ولم يوجد؛ إذ المزارعة حصلت بإذن المالك، وعند أبي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كما إذا كان مسلما؛ لما ذكرنا، وإن أسلم فالخارج على الشرط بلا خلاف سواء أسلم قبل أن يستحصد الزرع أو بعد ما استحصد؛ لما ذكرنا هذا إذا كانت المزارعة بين مرتد ومسلم (فأما) إذا كانت بين مسلمين

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ١٥٨/٦

ثم ارتدا أو ارتد أحدهما فالخارج على الشرط بلا خلاف؛ لأنه لما كان مسلما وقت العقد صح التصرف فاعتراض الردة بعد ذلك لا تبطله.

(وأما) المرتدة فتصح مزارعتها دفعا واحدا بالإجماع؛ لأن تصرفاتها نافذة بمنزلة تصرفات المسلمة فتصح المزارعة منها دفعا واحدا بمنزلة مزارعة المسلمة.

[فصل في الشرائط التي ترجع إلى الزرع]

(فصل) :

وأما الذي يرجع إلى الزرع فنوع واحد، وهو أن يكون معلوما بأن بين ما يزرع؛ لأن حال المزروع يختلف باختلاف الزرع بالزيادة والنقصان فرب زرع يزيد في الأرض، ورب زرع ينقصها، وقد يقل النقصان، وقد يكثر فلا بد من البيان؛ ليكون لزوم الضرر مضافا إلى التزامه إلا إذا قال له: ازرع فيها ما شئت، فيجوز له أن يزرع فيها ما شاء؛ لأنه لما فوض الأمر إليه فقد رضي بالضرر إلا أنه لا يملك الغرس؛ لأن الداخل تحت العقد الزرع دون الغرس.

[فصل في الشرائط التي ترجع إلى المزروع]

(فصل) :

وأما الذي يرجع إلى المزروع فهو أن يكون قابلا لعمل الزراعة، وهو أن يؤثر فيه العمل بالزيادة بمجرى العادة؛ لأن ما لا يؤثر فيه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه عمل الزراعة حتى لو دفع أرضا فيها زرع قد استحصد مزارعة لم يجز كذا قالوا؛ لأن الزرع إذا استحصد لا يؤثر فيه عمل الزراعة بالزيادة، فلا يكون قابلا لعمل الزراعة.

[فصل في الشرائط التي ترجع إلى الخارج من الزرع]

(فصل) :

وأما الذي يرجع إلى الخارج من الزرع فأنواع (منها) : أن يكون مذكورا في العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد؛ لأن المزارعة استئجار، والسكوت عن ذكر الأجرة يفسد الإجارة (ومنها) : أن يكون لهما حتى لو شرطا أن يكون الخارج لأحدهما يفسد العقد؛ لأن معنى الشركة لازم لهذا العقد، وكل شرط يكون قاطعا للشركة يكون مفسدا للعقد (ومنها) : أن تكون حصة كل واحد من المزارعين بعض الخارج حتى لو شرطا أن يكون من غيره لا يصح العقد لأن المزارعة استئجار ببعض الخارج به تنفصل عن الإجارة المطلقة (ومنها) : أن يكون ذلك البعض من الخارج معلوم القدر من النصف والثلث والربع ونحوه؛ لأن ترك التقدير يؤدي إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة؛ ولهذا شرط بيان مقدار الأجرة في الإجارات كذا هذا (ومنها) : أن يكون جزءا شائعا من الجملة حتى لو شرط لأحدهما قفزانا معلومة لا يصح العقد؛ لأن المزارعة فيها معنى الإجارة، والشركة تنعقد إجارة ثم تتم شركة.

(أما) معنى الإجارة فلأن الإجارة تمليك المنفعة بعوض، والمزارعة كذلك؛ لأن البذر إن كان من رب الأرض، فالعامل يملك

منفعة نفسه من رب الأرض بعوض، وهو نماء بذره، وإن كان البذر من قبل العامل فرب الأرض يملك منفعة أرضه من العامل بعوض هو نماء بذره، فكانت المزارعة استئجارا، إما للعامل، وإما للأرض، لكن ببعض الخارج.

وأما معنى الشركة." (١)

"أبي حنيفة – رحمه الله – أن وقوع **الإشكال** في السن يوجب سقوط اعتبار حكم السبق فبطل تحكيمه فبقي الحكم للوقت فالأسبق أولى وهذا يشكل بالخارج مع ذي اليد وإن خالف الوقتين جميعا فهو على ما ذكرنا في الخارج مع ذي اليد

وإن أقام أحدهما البينة على النتاج والآخر على ملك مطلق فبينة النتاج أولى لما مر هذا إذا ادعى الخارجان الملك من واحد أو اثنين بسببين متفقين من الميراث والشراء والنتاج فإن كان بسببين مختلفين فنقول لا يخلو إما أن كان من اثنين وإما أن كان من واحد فإن كان من اثنين يعمل بكل واحد من السببين بأن ادعى أحدهما أنه اشترى هذه الدابة من فلان وادعى الآخر أن فلانا آخر وهبها له وقبضها منه قضي بينهما نصفين لأنهما ادعيا تلقي الملك من البائع والواهب فقاما مقامهما كأنهما حضرا وادعيا وأقاما البينة على ملك مرسل.

وكذا لو ادعى ثالث ميراثا عن أبيه فإنه يقسم بينهم أثلاثا ولو ادعى رابع وصدقه يقسم بينهم أرباعا لما قلنا وإن كان ذلك من واحد ينظر إلى السببين فإن كان أحدهما أقوى يعمل به لأن العمل بالراجح واجب وإن استويا في القوة يعمل بهما بقدر الإمكان على ما هو سبيل دلائل الشرع بيان ذلك إذا أقام أحدهما البينة أنه اشترى هذه الدار من فلان ونقده الثمن وقبض الدار وأقام الآخر البينة أن فلانا ذاك وهبها له وقبضها يقضى لصاحب الشراء لأنه يفيد الحكم بنفسه.

والهبة لا تفيد الحكم إلا بالقبض فكان الشراء أولى (وكذلك) الشراء مع الصدقة والقبض لما قلنا وكذلك الشراء مع الرهن والقبض لأن الشراء يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد وملك الرقبة أقوى ولو اجتمعت البينتان مع القبض يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين (وقيل) هذا فيما لا يحتمل القسمة كالدابة والعبد ونحوهما (فأما فيما) يحتمل القسمة كالدار ونحوها فلا يقضى لهما بشيء على أصل أبي حنيفة – رحمه الله – في الهبة من رجلين لحصول معنى الشيوع (وقيل) لا فرق بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتملها هنا لأن هذا في معنى الشيوع الطارئ لقيام البينة على الكل وأنه لا يمنع الجواز (وكذلك) لو اجتمعت الصدقة مع القبض أو الهبة والصدقة مع القبض يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين لكن هذا إذا لم يكن المدعى في يد أحدهما فإن كان يقضى لصاحب اليد بالإجماع لما مر.

(ولو اجتمع) الرهن والهبة أو الرهن والصدقة فالقياس أن تكون الهبة أولى (وكذا) الصدقة لأن كل واحد منهما يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد والحبس وملك الرقبة أقوى وفي الاستحسان الرهن أولى لأن المرهون عندنا مضمون بقدر الدين فأما الموهوب فليس بمضمون أصلا فكان الرهن أقوى (ولو اجتمع) النكاحان بأن ادعت امرأتان وأقامت كل واحدة منهما البينة على أنه تزوجها عليه يقضى بينهما نصفين لاستواء السببين (ولو اجتمع) النكاح مع الهبة أو الصدقة أو الرهن فالنكاح أولى لأنه عقد يفيد الحكم بنفسه فكان أقوى ولو اجتمع الشراء والنكاح فهو بينهما نصفان عند أبي يوسف وللمرأة نصف

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ١٧٧/٦

نصف القيمة على الزوج وعند محمد الشراء أولى وللمرأة القيمة على الزوج.
(وجه) قول محمد أن الشراء أقوى من النكاح بدليل أنه لا يصح البيع بدون تسمية الثمن ويصح النكاح بدون تسمية المهر وكذا لا تصح التسمية بدون الملك في البيع وتصح في باب النكاح كما لو تزوج على جارية غيره دل أن الشراء أقوى من النكاح (وجه) قول أبي يوسف أن النكاح مثل الشراء فإن كل واحد منهما معاوضة يفيد الحكم بنفسه هذا إذا ادعى كل واحد منهما قدر ما يدعي الآخر فأما إذا ادعى أحدهما أكثر مما يدعي الآخر بأن ادعى أحدهما كل الدار والآخر نصفها وأقاما البينة على ذلك فإنه يقضى لمدعي الكل بثلاثة أرباع الدار ولمدعي النصف بربعها عند أبي حنيفة وعندهما يقضى لمدعي الكل بثلثي الدار ولمدعي النصف بثلثها وإنما اختلف جوابهم لاختلافهم في طريق القسمة فتقسم عنده بطريق المنازعة وهما قسما بطريق العدل والمضاربة (وتفسير) القسمة بطريق المنازعة أن ينظر إلى القدر الذي وقع التنازع فيه فيجعل الجزء الذي خلا عن المنازعة سالما لمدعيه (وتفسير) القسمة على طريق العدل والمضاربة أن تجمع السهام كلها في العين فتقسم بين الكل بالحصص فيضرب كل بسهمه كما في الميراث والديون المشتركة المتزاحمة والوصايا فلما كانت القسمة عند أبي حنيفة على طريق المنازعة تجب مراعاة محل النزاع فهنا يدعي أحدهما." (١)

"فلا يقدر على الإقامة فيهما، فالقذف فيهما لا ينعقد موجبا للحد حين وجوده فلا يحتمل الاستيفاء بعد ذلك؛ لأن الاستيفاء للواجب، والله – سبحانه وتعالى – أعلم.

[فصل في الشرائط التي ترجع إلى نفس القذف]

(فصل) :

وأما الذي يرجع إلى نفس القذف فهو أن يكون مطلقا عن الشرط والإضافة إلى وقت، فإن كان معلقا بشرط أو مضافا إلى وقت – لا يوجب الحد؛ لأن ذكر الشرط أو الوقت يمنع وقوعه قذفا للحال، وعند وجود الشرط أو الوقت يجعل كأنه نجز القذف – كما في سائر التعليقات والإضافات – فكان قاذفا تقديرا مع انعدام القذف حقيقة؛ فلا يجب الحد، وعلى هذا يخرج ما إذا قال رجل: من قال كذا وكذا فهو زان أو ابن الزانية، فقال رجل: أنا قلت – أنه لا حد على المبتدئ؛ لأنه علق القذف بشرط القول، وكذلك إذا قال لرجل: إن دخلت هذه الدار فأنت زان أو ابن الزانية فدخل – لا حد على القائل؛ لما قلنا، وكذا من قال لغيره: أنت زان أو ابن الزانية غدا أو رأس شهر كذا، فجاء الغد والشهر – لا حد عليه؛ لأن إضافة القذف إلى وقت يمنع تحقق القذف في الحال وفي المآل على ما بينا، والله – عز وجل – أعلم.

[فصل في بيان ما تظهر به الحدود عند القاضي]

وأما بيان ما تظهر به الحدود عند القاضي فنقول – وبالله التوفيق: الحدود كلها تظهر بالبينة والإقرار، لكن عند استجماع شرائطها، أما شرائط البينة القائمة على الحد (فمنها) ما يعم الحدود كلها.

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٢٣٩/٦

(ومنها) ما يخص البعض دون البعض.

أما الذي يعم الكل: فالذكورة والأصالة، فلا تقبل شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة، ولا كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود كلها؛ لتمكن زيادة شبهة فيها - ذكرناها في كتاب الشهادات والحدود - لا تثبت مع الشبهات، ولو ادعى القاذف أن المقذوف صدقه وأقام على ذلك رجلا وامرأتين - جاز، وكذلك الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي؛ لأن الشهادة ههنا قامت على إسقاط الحد لا على إثباته، والشبهة تمنع من إثبات الحد لا من إسقاطه.

(وأما) الذي يخص البعض دون البعض (فمنها) عدم التقادم، وأنه شرط في حد الزنا والسرقة وشرب الخمر، وليس بشرط في حد القذف، والفرق أن الشاهد إذا عاين الجريمة فهو مخير بين أداء الشهادة حسبة لله تعالى؛ لقوله تعالى عز وجل ﴿وأقيموا الشهادة لله﴾ [الطلاق: ٢] وبين التستر على أخيه المسلم؛ لقوله «- عليه الصلاة والسلام - من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه في الآخرة» فلما لم يشهد على فور المعاينة حتى تقادم العهد؛ دل ذلك على اختيار جهة الستر، فإذا شهد بعد ذلك - دل على أن الضغينة حملته على ذلك فلا تقبل شهادته.

لما روي عن سيدنا عمر - رضي الله عنه - أنه قال: " أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم "، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر، فيكون إجماعا فدل قول سيدنا عمر - رضي الله عنه - أن مثل هذه الشهادة شهادة ضغينة، وأنها غير مقبولة؛ ولأن التأخير والحالة هذه يورث تهمة، ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بخلاف حد القذف؛ لأن التأخير ثمة لا يدل على الضغينة والتهمة؛ لأن الدعوى هناك شرط فاحتمل أن التأخير كان لتأخير الدعوى من المدعي، والدعوى ليست بشرط في الحدود الثلاثة فكان التأخير؛ لما قلنا، ويشكل على هذا فصل السرقة فإن الدعوى هناك شرط ومع هذا التقادم مانع، واختلفت عبارات مشايخنا في **الجواب** عن هذا **الإشكال** فقال بعضهم: إن معنى الضغينة والتهمة حكمة المنع من قبول الشهادة.

والسبب الظاهر هو كون الحد خالص حق الله تعالى، والحكم يدار على السبب الظاهر لا على الحكمة، وقد وجد السبب الظاهر في السرقة؛ فيوجب المنع من قبول الشهادة وهذا ليس بسديد؛ لأن الأصل تعليق الحكم بالحكمة إلا إذا كان وجه الحكمة خفيا لا يوقف عليه إلا بحرج، فيقام السبب الظاهر مقامه وتجعل الحكمة موجودة تقديرا، وههنا يمكن الوقوف عليه من غير حرج ولم توجد في السرقة؛ لما بينا، فيجب أن تقبل الشهادة بعد التقادم.

وقال بعضهم: إنما لا تقبل الشهادة في السرقة؛ لأن دعوى السرقة بعد التقادم لم تصح؛ لأن المدعي في الابتداء مخير بين أن يدعي السرقة ويقطع طمعه عن ماله احتسابا لإقامة الحد، وبين أن يدعي أخذ المال سترا على أخيه المسلم فلما أخر - دل تأخيره على اختيار جهة الستر والإعراض عن جهة الحسبة، فلما شهد بعد ذلك؛ فقد قصد الإعراض عن جهة الستر فلا يصح إعراضه ولم يجعل قاصدا جهة الحسبة؛ لأنه قد كان أعرض عنها عند اختياره جهة الستر فلم تصح دعواه السرقة فلم تقبل." (١)

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٤٦/٧

"وأما الذي يرجع إلى الدنيا فعصمة النفس والمال؛ لقوله – عليه الصلاة والسلام – «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله فإذا قالوها، عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها» إلا أن عصمة النفس تثبت مقصودة، وعصمة المال تثبت تابعة لعصمة النفس، إذ النفس أصل في التخلق، والمال خلق بذله للنفس استبقاء لها، فمتى ثبتت عصمة النفس ثبتت عصمة المال، تبعا إلا إذا وجد القاطع للتبعية على ما نذكر فعلى هذا إذا أسلم أهل بلدة من أهل دار الحرب قبل أن يظهر عليهم المسلمون حرم قتلهم، ولا سبيل لأحد على أموالهم على ما قلنا وقد روي عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «من أسلم على مال فهو له» .

ولو أسلم حربي في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فقتله مسلم عمدا أو خطأ فلا شيء عليه إلا الكفارة وعند أبي يوسف عليه الدية في الخطأ وعند الشافعي – رحمه الله – عليه الدية مع الكفارة في الخطأ، والقصاص في العمد واحتجا بالعمومات الواردة في باب القصاص والدية من غير فصل بين مؤمن قتل في دار الإسلام أو في دار الحرب.

(ولنا) قوله – تبارك وتعالى – ﴿فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢] أوجب – سبحانه وتعالى – الكفارة وجعلها كل موجب قتل المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا؛ لأنه جعله جزاء، والجزاء ينبئ عن الكفاية، فاقتضى وقوع الكفاية بها عما سواها من القصاص والدية جميعا، ولأن القصاص لم يشرع إلا لحكمة الحياة قال الله – تعالى – ﴿ولكم في القصاص حياة﴾ [البقرة: ١٧٩] والحاجة إلى الإحياء عند قصد القتل لعداوة حاملة عليه، ولا يكون ذلك إلا عند المخالطة، ولو لم توجد هاهنا وعلى هذا إذا أسلم ولم يهاجر إلينا حتى ظهر المسلمون على الدار، فما كان في يده من المقتول فهو له، ولا يكون فيئا إلا عبدا يقاتل فإنه يكون فيئا؛ لأن نفسه استفادت العصمة بالإسلام، وماله الذي في يده تابع له من كل وجه، فكان معصوما تبعا لعصمة النفس، إلا عبدا يقاتل؛ لأنه إذا قاتل فقد خرج من يد المولى، فلم يبق تبعا له، فانقطعت العصمة لانقطاع التبعية، فيكون محلا للتملك بالاستيلاء.

وكذلك ما كان في يد مسلم أو ذمي وديعة له فهو له، ولا يكون فيئا؛ لأن يد المودع يده من وجه من حيث إنه يحفظ الوديعة له، ويد نفسه من حيث الحقيقة وكل واحد منهما معصوم فكان ما في يده معصوما فلا يكون محلا للتملك وأما ما كان في يد حربي وديعة، فيكون فيئا عند أبي حنيفة.

وعندهما يكون له؛ لأن يد المودع يده، فكان معصوما والصحيح قول أبي حنيفة – رحمه الله –؛ لأنه من حيث إنه يحفظ له تكون يده فيكون تبعا له، فيكون معصوما، ومن حيث الحقيقة لا يكون معصوما؛ لأن نفس الحربي غير معصومة، فوقع الشك في العصمة، فلا تثبت العصمة مع الشك، وكذا عقاره يكون فيئا عند أبي حنيفة، وأبي يوسف وعند محمد هو والمنقول سواء والصحيح قولهما؛ لأنه من حيث إنه يتصرف فيه بحسب مشيئته يكون في يده، فيكون تبعا له من حيث إنه محصن محفوظ بنفسه ليس في يده، فلا يكون تبعا له، فلا تثبت العصمة مع الشك وأما أولاده الصغار فأحرار مسلمون تبعا له، وأولاده الكبار وامرأته يكونون فيئا؛ لأنهم في حكم أنفسهم لانعدام التبعية.

وأما الولد الذي في البطن فهو مسلم تبعا لأبيه ورقيق تبعا لأمه، وفيه **إشكال**، وهو أن هذا إنشاء الرق على المسلم، وأنه ممنوع **والجواب** أن الممتنع إنشاء الرق على من هو مسلم حقيقة، لا على من له حكم الوجود، والإسلام شرعا، هذا إذا

أسلم ولم يهاجر إلينا، فظهر المسلمون على الدار، فلو أسلم وهاجر إلينا ثم ظهر المسلمون على الدار.
أما أمواله فما كان في يد مسلم أو ذمي وديعة فهو له، ولا يكون فيئا لما ذكرنا، وما سوى ذلك فهو فيء لما ذكرنا أيضا وقيل ما كان في يد حربي وديعة فهو على الخلاف الذي ذكرنا.
وأما أولاده الصغار فيحكم بإسلامه تبعا لأبيهم، ولا يسترقون؛ لأن الإسلام يمنع إنشاء الرق إلا رقا ثبت حكما بأن كان الولد في بطن الأم، وأولاده الكبار فيء؛ لأنهم في حكم أنفسهم، فلا يكونون مسلمين بإسلام أبيهم.
وكذلك زوجته والولد الذي في البطن يكون مسلما تبعا لأبيه، ورقيقا تبعا لأمه، ولو دخل الحربي دار الإسلام ثم أسلم، ثم ظهر المسلمون على الدار، فجميع ماله وأولاده الصغار، والكبار، وامرأته، وما في بطنها فيء، لما لم يسلم في دار الحرب حتى خرج إلينا لم تثبت العصمة لماله؛ لانعدام عصمة النفس.
فبعد ذلك وإن صارت معصومة، لكن بعد تباين الدارين، وأنه يمنع ثبوت التبعية ولو دخل مسلم أو ذمي دار الحرب فأصاب هناك مالا، ثم ظهر المسلمون على الدار فحكمه وحكم الذي." (١)

"فيشاركونه في القسامة أيضا وبهذا يقع الفرق بين حال الحضور والغيبة على ما ذكره الكرخي – رحمه الله – لأن معنى التهمة ظاهر الانتفاء من الغيب.
وكذا معنى النصرة؛ لأنه لا يلحق ذلك الموضع نصرة من جهتهم إلا أنه تجب عليهم الدية؛ لأن وجوب الدية على العاقلة لا يتعلق بالتهمة؛ فإنهم يتحملون عن القاتل المعين، إذا كان صبيا أو مجنونا أو خاطئا وسواء كانت الدار فيها ساكن أو كانت مفرغة مغلقة فوجد فيها قتيل – فعلى رب الدار وعلى عاقلته القسامة والدية وأما على أصل أبي حنيفة ومحمد – رضي الله عنهما – فظاهر؛ لأنهما يعتبران الملك دون السكنى؛ فكان وجود السكنى فيها والعدم بمنزلة واحدة.
(وأما) أبو يوسف – رحمه الله – فإنما يوجب على الساكن لاختصاصه بالدار يدا ولم يوجد ههنا، وسواء كان الملك الذي وجد فيه القتيل خاصا أو مشتركا – فالقسامة والدية على أرباب الملك؛ لما قلنا، وسواء اتفق قدر أنصباء الشركاء أو اختلف فالقسامة والدية بينهم بالسوية حتى لو كانت الدار بين رجلين لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث – فالقسامة عليهما وعلى عاقلتهما نصفان، ويعتبر في ذلك عدد الرءوس لا قدر الأنصباء كما في الشفعة؛ لأن حفظ الدار واجب على كل واحد منهما، والحفظ لا يختلف؛ ولهذا تساويا في استحقاق الشفعة؛ لأن الاستحقاق لدفع ضرر الدخيل، وإنه لا يختلف باختلاف قدر الملك، وذكر في الجامع الصغير فيمن باع دارا، وجد فيها قتيل قبل أن يقبضها المشتري: أن القسامة والدية على البائع، إذا لم يكن في البيع خيار، فإن كان فيه خيار – فعلى من الدار في يده في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: الدية على مالك الدار إن لم يكن في البيع خيار، فإن كان فيه خيار فعلى من تصير الدار له وعند زفر – رحمه الله –: الدية على المشتري إلا أن يكون للبائع خيار، فتكون الدية عليه.
(وجه) قول زفر: أن الملك للمشتري إذا لم يكن فيه خيار.
وكذا إذا كان الخيار للمشتري؛ لأن خيار المشتري لا يمنع دخول المبيع في ملكه عنده، فإذا كان الخيار للبائع – فالملك له؛

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ١٠٥/٧

لأن خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا خلاف.

(وجه) قولهما: أنه إذا لم يكن فيه خيار فالملك للمشتري، وإنما للبائع صورة يد من غير تصرف، وصورة اليد لا مدخل لها في القسامة، كيد المودع، فكانت القسامة والدية على المشتري، وإذا كان فيه خيار فعلى من تصير الدار له؛ لأنها إذا صارت للبائع – فقد انفسخ البيع، وجعل كأنه لم يكن، وإن صارت للمشتري – فقد انبرم البيع وتبين أنه ملكها بالعقد من حين وجوده.

(وأما) تصحيح مذهب أبي حنيفة – رضي الله عنه – فمشكل من حيث الظاهر؛ لأنه يعتبر الملك فيما يحتمل النقل والتحويل لا اليد، وإن كانت اليد يد تصرف كيد الساكن، والثابت للبائع صورة يد من غير تصرف، فأولى أن لا يعتبره، لكن لا **إشكال** في الحقيقة؛ لأن الوجوب بترك الحفظ، والحفظ باليد حقيقة، إلا أنه يضاف الحفظ إلى الملك؛ لأن استحقاق اليد به عادة، فيقام مقام اليد، فكانت الإضافة إلى ما به حقيقة الحفظ أولى إلا أن مطلق اليد لا يعتبر بل اليد المستحقة بالملك، وهذه يد مستحقة بالملك بخلاف يد الساكن.

وإذا وجد رجل قتيلا في دار نفسه فالقسامة والدية على عاقلته لورثته في قول أبي حنيفة – رضي الله عنه – وفي قولهما – رحمهما الله – لا شيء فيه، وهو قول زفر والحسن بن زياد – رحمهم الله – وروي عن أبي حنيفة – رحمه الله – مثل قولهم (وجه) قولهم: أن القتل صادفه، والدار ملكه، وإنما صار ملك الورثة عند الموت، والموت ليس بقتل؛ لأن القتل فعل القاتل، ولا صنع لأحد في الموت، بل هو من صنع الله – تبارك وتعالى – فلم يقتل في ملك الورثة فلا سبيل إلى إيجاب الضمان على الورثة وعواقلهم، ولأن وجوده قتيلا في دار نفسه بمنزلة مباشرة القتل بنفسه كأنه قتل نفسه بنفسه فيكون هدرا، ولأبي حنيفة – رضي الله عنه – أن المعتبر في القسامة – وقت ظهور القتيل، لا وقت وجود القتل بدليل أن من مات قبل ذلك لا يدخل في الدية، والدار وقت ظهور القتيل لورثته؛ فكانت القسامة والدية عليهم وعلى عواقلهم تجب، كما لو وجد قتيلا في دار ابنه، فإن قيل كيف تجب الدية عليهم وعلى عواقلهم، وأن الدية تجب لهم؟ فكيف تجب لهم وعليهم؟ وكذا عاقلتهم تتحمل عنهم لهم أيضا، وفيه إيجاب لهم أيضا وعليهم، وهذا ممتنع – **فالجواب**: ممنوع أن الدية تجب لهم بل للقتيل؛ لأنها بدل نفسه فتكون له، وبدليل أنه يجهز منها، وتقضى منها ديونه، وتنفذ منها وصاياه ثم ما فضل عن حاجته تستحقه ورثته لاستغناء الميت عنه، والورثة أقرب الناس إليه وصار كما لو وجد الأب قتيلا في دار ابنه أو في بئر حفرها ابنه أليس أنه تجب القسامة والدية على الابن وعلى عاقلته ولا." (١)

"وجه، فلا تصح إلا إذا عتق قبل موت الموصي، فتصح الوصية؛ لأن الوصية إيجاب الملك عند موت الموصي، وهو كان حرا عند موته.

وكذا إذا أوصى لعبد نفسه فأعتقه قبل موته صحت وصيته له، فإن مات وهو عبد بطلت؛ لأن وصيته لمولاه ومولاه وارثه، ولو أوصى لمكاتب وارثه لا يصح؛ لأن منفعة الوصية تحصل لوارثه في الحال والمآل، في الحال بأداء بدل الكتابة، وفي المآل

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٧/٢٩٣

بالعجز، ولو أوصى لمكاتب نفسه جاز؛ لأنه (إما) أن يعتق بأداء بدل الكتابة، فيصير أجنبيا، فتجوز له الوصية (وإما) أن يعجز ويرد في الرق، فيصير ميراثا لجميع ورثته لا لبعضهم دون بعض، فلا يكون في هذه الوصية إيثار بعض الورثة على بعض، فتجوز، كما أوصى بثلث ماله لورثته.

(ومنها) أن لا يكون قاتل الموصي قتلا حراما على سبيل المباشرة، فإن كان؛ لم تصح الوصية له عندنا وبه أخذ الشافعي – رحمه الله – وقال مالك – رحمه الله – هذا ليس بشرط، وتصح الوصية للقاتل، واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره؛ ولأن الوصية تمليك، وتملك والقتل لا ينافي أهلية التمليك.

(ولنا) ما روي عنه – عليه الصلاة والسلام – أنه قال: «لا وصية لقاتل» وهذا نص ويروى أنه قال: «ليس لقاتل شيء» ذكر الشيء نكرة في محل النفي فتعم الميراث والوصية جميعا وبه تبين أن القاتل مخصوص عن عمومات الوصية؛ ولأن الوصية أخت الميراث ولا ميراث للقاتل لما روي عن سيدنا عمر وسيدنا علي – رضي الله عنهما – أنهما لم يجعلا للقاتل ميراثا وعن عبيدة السلماني أنه قال: لا يرث قاتل بعد صاحب البقرة ويروى لا يورث قاتل بعد صاحب البقرة.

وهذا منه بيان لإجماع المسلمين من زمن سيدنا موسى – عليه الصلاة والسلام – إلى زمن التابعين – رضي الله عنهم – على أنه لا ميراث للقاتل، وذكر محمد – رحمه الله – هذه الآثار في الأصل.

وقال: والوصية عندنا بمنزلة ذلك لا وصية للقاتل؛ ولأن الورثة تتأذى بوضع الوصية في القاتل، كما يتأذى البعض بوضعها في البعض فيؤدي إلى قطع الرحم، وإنه حرام؛ ولأن المجروح إذا صار صاحب فراش، فقد تعلق حق الورثة بماله نظرا لهم لئلا يزيل المورث ملكه إلى غيرهم لعداوة، أو أذى لحقه من جهتهم فيتضررون بذلك لكن مع بقاء ملك المورث نظرا له لحاجته إلى دفع حوائجه الأصلية وسبب ثبوت حقهم في مرض الموت ما هو سبب ثبوت ملكهم بعد الموت، وهو القرابة، فكان ينبغي أن لا يملك التبرع بشيء من ماله إلا أنه ملك ذلك على غير القاتل والوارث.

بخلاف القياس، فيبقى الأمر فيهما على أصل القياس؛ ولأن القتل بغير حق جناية عظيمة، فتستدعي الزجر بأبلغ الوجوه، وحرمان الوصية يصلح زاجرا لحرمان الميراث فيثبت وسواء كان القتل عمدا أو خطأ؛ لأن القتل الخطأ قتل وإنه جاز المؤاخذة عليه عقلا وسواء أوصى له بعد الجناية أو قبلها؛ لأن الوصية إنما تقع تمليكا بعد الموت فتقع وصية للقاتل تقدمت الجناية، أو تأخرت ولا تجوز الوصية لعبد القاتل كان على العبد دين، أو لم يكن ولا لمكاتبه لما ذكرنا في عبد الوارث ومكاتبه وتجوز الوصية لابن القاتل ولأبويه ولجميع قرابته؛ لأن ملك كل واحد منهما منفصل عن ملك صاحبه، فلا تكون الوصية لأحدهما وصية لصاحبه.

ولو اشترك عشرة في قتل رجل، فأوصى لبعضهم بعد الجناية لم تصح؛ لأن كل واحد منهم قاتل على الكمال حين وجب القصاص على كل واحد منهم، فكانت وصية لقاتله، فلم تصح، ولو كان أحدهم عبد الموصي فأوصى لبعضهم بعد الجناية، وأعتق عبده، ثم مات، فالوصية باطلة، ولا يبطل العتق، ولكن العبد يسعى في قيمته (وأما) بطلان الوصية فلما ذكرنا أن كل واحد منهم قاتل، فكان الموصى له قاتلا، فلم تصح الوصية له (وأما) صحة الإعتاق ونفاذه ففيه ضرب إشكال وهو أن الإعتاق حصل في مرض الموت، والإعتاق في مرض الموت وصية، والوصية للقاتل لا تصح، والعبد قاتل، فينبغي أن لا

ينفذ إعتاقه، **والجواب** عنه من وجهين أحدهما أن الإعتاق في مرض الموت ليس بوصية حقيقة؛ لأن الوصية تمليك والإعتاق إسقاط الملك وإزالته لا إلى أحدهما متغايران بل متنافيان حقيقة، وكذا الإعتاق ينجر حكمه للحال وحكم الوصية يتأخر إلى ما بعد الموت فلم يكن الإعتاق في مرض الموت وصية حقيقة إلا أنه يشبه الوصية من حيث إنه يعتبر من الثلث لا غير والثاني إن كان في معنى الوصية فالوصية بالإعتاق مردودة من حيث المعنى.

وإن كانت نافذة صورة ألا." (١)

"يقدمان على الكفارات؛ لأنهما واجبان بإيجاب الله ابتداء من غير تعلق وجوبهما بسبب من جهة العبد، والكفارات يتعلق وجوبها بأسباب توجد من العبد من القتل، والظهار، واليمين، والواجب ابتداء أقوى فيقدم، والكفارات متقدمة على صدقة الفطر؛ لأن صدقة الفطر واجبة، والكفارات فرائض، والفرض مقدم على الواجب؛ ولأن هذه الكفارات منصوص عليها في الكتاب العزيز، ولا نص في الكتاب على صدقة الفطر، وإنما عرفت بالسنة المطهرة، فكان المنصوص عليه في الكتاب العزيز أقوى فكان أولى وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية، وإن كانت الأضحية أيضا واجبة عندنا لكن صدقة الفطر متفق على وجوبها، والأضحية وجوبها محل الاجتهاد فالمتفق على الوجوب أقوى فكان بالبداية أولى، وكذا صدقة الفطر مقدمة على كفارة الفطر في رمضان؛ لأن وجوب تلك الكفارة ثبت بخبر الواحد وصدقة الفطر ثبت وجوبها بأخبار مشهورة.

والثابت بالخبر المشهور أقوى فيقدم.

وقالوا: إن صدقة الفطر تقدم على المنذور به؛ لأنها وجبت بإيجاب الله – تبارك وتعالى – ابتداء، والمنذور به، وجب بإيجاب العبد، وقد تعلق وجوبه أيضا بسبب مباشرة العبد فتقدم الصدقة، **والإشكال** عليه: أن صدقة الفطر من الواجبات لا من الفرائض؛ لأن وجوبها ثبت بدليل مقطوع به بل بدليل فيه شبهة العدم، ولهذا لا يكفر جاحده، والوفاء بالمنذور به فرض؛ لأنه وجوبه ثبت بدليل مقطوع به، وهو النص المفسر من الكتاب العزيز قال الله – تبارك وتعالى – ﴿وليوفوا نذورهم﴾ [الحج: ٢٩] ، والفرض مقدم على الواجب، ولهذا يكفر جاحد وجوب الوفاء بالنذر، وفي كتاب الله – عز وجل – دليل عليه، وهو قوله – سبحانه وتعالى – ﴿ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين﴾ [التوبة: ٧٥] ﴿فلما آتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهم معرضون﴾ [التوبة: ٧٦] ﴿فأعقبهم نفاقا في قلوبهم إلى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون﴾ [التوبة: ٧٧] ، والمنذور به مقدم على الأضحية؛ لأنه واجب الوفاء بيقين وفي وجوب الأضحية شبهة العدم لكونه محل الاجتهاد.

والأضحية تقدم على النوافل؛ لأنها واجبة عند أبي حنيفة – رضي الله عنه – وسنة مؤكدة عندهما، والشافعي – رحمه الله – ، والواجب، والسنة المؤكدة أولى من النافلة، فالظاهر من حال الموصي أنه قصد تقديمها على النافلة تحسينا للظن بالمسلم إلا أنه تركه سهوا فيقدم بدلالة حالة التقديم، وإن أخره بالذكر على سبيل السهو، هذا الذي ذكرنا، إذا لم يكن في الوصايا بالقرب إعتاق منجز، وهو الإعتاق في مرض الموت، أو إعتاق معلق بالموت، وهو التدبير، فإن كان تقدم ذلك؛ لأن

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٣٣٩/٧

الإعتاق المنجز، والمعلق بالموت لا يحتمل الفسخ فكان أقوى فيقدم.

(وأما) الوصية بالإعتاق، فإن كان إعتاقا واجبا في كفارة فحكمه حكم الكفارات، وقد ذكرنا ذلك، وإن لم يكن واجبا فحكمه حكم سائر الوصايا المتنفل بها من الصدقة على الفقراء، وبناء المساجد، وحج التطوع، ونحو ذلك؛ لأن الوصية بالإعتاق يلحقها الفسخ كما يلحق سائر الوصايا فكانت الوصية بالإعتاق غير واجبة مثل سائر الوصايا فلا تقدم، بخلاف الإعتاق المنجز في المرض، والمعلق بالموت؛ لأنه لا يلحقهما الفسخ فكان أقوى فيقدم على سائر الوصايا.

وإن كانت الوصايا بعضها لله – سبحانه وتعالى وبعضها للعباد، فإن أوصى لقوم بأعيانهم يتضاربون بوصاياهم في الثلث، ثم ما أصاب العباد فهو لهم لا يقدم بعضهم على بعض لما نبين، وما كان لله – تبارك وتعالى – يجمع ذلك فيبدأ منها بالفرائض، ثم بالواجبات، ثم بالنوافل، وإن كان مع الوصايا لله – تبارك وتعالى – وصية لواحد معين من العباد فإنه يضرب بما أوصى له به مع الوصايا بالقرب، ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب، فإن قال: ثلث مالي في الحج، والزكاة، والكفارات، ولزيد فإن الثلث يقسم على أربعة أسهم: سهم للموصى له، وسهم للحج، وسهم للزكاة، وسهم للكفارات؛ لأن كل جهة من هذه الجهات غير الأخرى فتفرد كل جهة بسهم، كما لو أوصى بثلث ماله لقوم معينين، فإن قيل: جهات القرب، وإن اختلفت فالمقصود منها كلها واحد، وهو طلب مرضات الله – تبارك وتعالى – وابتغاء وجهه الكريم فينبغي أن يضرب للموصى له بسهم، والقرب بسهم.
فالجواب: أن المقصود من الكل، وإن كان واحدا، وهو ابتغاء وجه الله – عز وجل – وطلب مرضاته لكن الجهة منصوص عليها فيجب اعتبارها كما لو أوصى بثلث ماله للفقراء، والمساكين، وأبناء السبيل، إن كان كل واحد منهم يضرب بسهمه، وإن." (١)

"عن قولك: أخوك إلى هذا ذهب الأئمة من النحويين وهذا قول سيبويه وإذا كان كذلك صار الموصي معتمدا على قوله: عمرو، وحماد، معرضا عن قوله: ابني فلان، فصار كأنه قال: أوصيت بثلث مالي لعمرو، وحماد، وحماد ليس بموجود، ولو كان كذلك لصرف كل الثلث إلى عمر وكذا ههنا، **والإشكال** على هذا أن قوله: عمرو، وحماد، كما يصلح أن يكون بدلا عن قوله: ابني فلان، يصلح أن يكون عطف بيان، والمعتبر في عطف البيان: المذكور أولا، والثاني يذكر لإزالة الجهالة عن الأول، كما في قول القائل جاءني أخوك زيد إذا كان في إخوته كثرة – كان زيد مذكورا بطريق عطف البيان لإزالة الجهالة المتمكنة في قوله: أخوك لكثرة الإخوة بمنزلة النعت، وإذا كان المعتبر هو المذكور أولا، وهو قوله: ابني فلان، فإذا لم يكن لفلان إلا ابن، واحد، وهو عمرو، فينبغي أن لا يكون له إلا نصف الثلث، **والجواب**: نعم، هذا الكلام يصلح لهما جميعا لكن الحمل على ما قلنا أولى؛ لأن فيه تصحيح جميع تصرفه، وهو تمليكه جميع الثلث، وأنه أوصى بتمليك جميع الثلث، وفي الحمل على عطف البيان: إثبات تمليك النصف، فكان ما قلناه أولى على أن من شرط عطف البيان: أن يكون

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٣٧٢/٧

الثاني معلوما، كما في قول القائل جاءني أخوك زيد كان زيد معلوما، فزال به وصف الجهالة المعترضة في قوله: أخوك بسبب كثرة الإخوة، وفي مسألتنا: الثاني غير معلوم؛ لأن اسم حماد ليس له مسمى موجود له ليكون معلوما، فيحصل به بإزالة الجهالة فتعذر حمله على عطف البيان فيجعل بدلا للضرورة.

(ولو) قال: أوصيت لبني فلان وهم خمسة ولفلان ابن فلان بثلث مالي، فإذا بنو فلان ثلاثة فإن لبني فلان ثلاثة أرباع الثلث، ولفلان ابن فلان ربع الثلث ذكرنا أن قوله، وهم خمسة لغو إذا كانوا ثلاثة فبقي قوله: أوصيت بثلث مالي لبني فلان، ولفلان ابن فلان، فيكون الثلث بينهم أرباعا لحصول الوصية لأربعة، فيكون بينهم أرباعا؛ لاستواء كل سهم فيها.

(ولو) قال: قد أوصيت لبني فلان وهم ثلاثة بثلث مالي، فإذا بنو فلان خمسة – فالثلث لثلاثة منهم؛ لأن قوله: لبني فلان اسم عام، وقوله: وهم ثلاثة تخصيص أي: أوصيت لثلاثة من بني فلان، فصح الإيصاء لثلاثة منهم غير معينين، وهذه الجهالة لا تمنع صحة الوصية؛ لأنها محصورة مستدركة، ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة الوصية؛ لأن تنفيذها ممكن، كما لو أوصى لأولاد فلان.

وكما لو أوصى بثلث ماله، وهو مجهول لا يدري كم يكون عند موت الموصي؟ بخلاف ما أوصى لواحد من عرض الناس حيث لم يصح؛ لأن تلك الجهالة غير مستدركة.

وكذا لو أوصى لقبيلة لا يحصون؛ لأنه لا يمكن حصرها، والخيار في تعيين الثلاثة من بنيه إلى ورثة الموصي؛ لأنهم قائمون مقامه، والبيان كان إليه؛ لأنه هو المبهم، فلما مات عجز عن البيان بنفسه، فقام من يخلفه مقامه بخلاف ما إذا أوصى لمواليه حيث لم تصح، ولم تقم الورثة مقامه؛ لأن هناك تخلف المقصود من الوصية، ولا يقف على مقصود الموصي أنه أراد به زيادة في الإنعام أو الشكر أو مجازاة أحد من الورثة، فلا يمكنهم التعيين، وههنا الأمر بخلافه، واستشهد محمد – رحمه الله – لصحة هذه الوصية فقال: ألا يرى أن رجلا لو قال: أوصيت بثلث مالي لبني فلان، وهم ثلاثة: فلان،، وفلان، وفلان، فإذا بنو فلان غير الذين سماهم – إن الوصية جائزة لمن سمى؛ لأنه خص البعض فكذا ههنا.

أوضح محمد – رحمه الله تعالى – جواز تخصيص ثلاثة مجهولين بعلمه لجواز تخصيص ثلاثة معينين، وأنه إيضاح صحيح، ولو قال: قد أوصيت بثلث مالي لبني فلان، وهم ثلاثة، ولفلان ابن فلان، فإذا بنو فلان خمسة – فلفلان ابن فلان ربع الثلث؛ لأن قوله وهم ثلاثة صحيح لما ذكرنا أنه تخصيص العام فصار موصيا بثلث ماله لثلاثة من بني فلان، ولفلان ابن فلان، فكان فلان رابعهم، فكان له ربع الثلث، وثلاثة أرباعه لثلاثة من بني فلان، ولو أوصى لرجل بمائة، ولرجل آخر بمائة ثم قال لآخر: قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة؛ لأن الشركة تقتضي التساوي، وقد أضافها إليهما فيقتضي أن يستوي كل واحد منهما، ولا تتحقق المساواة إلا بأن يأخذ من كل واحد منهما ثلث ما في يده، فيكون لكل واحد ثلثا المائة فتحصل المساواة، وإن أوصى لرجل بأربعمائة، ولآخر بمائتين ثم قال لآخر: قد أشركتك معهما فله نصف ما أوصى لكل واحد منهما؛ لأن تحقيق المشاركة بينهم على سبيل الجملة غير ممكن في هذه الصورة لاختلاف الأنصباء، فيتحقق التساوي

على سبيل الانفراد تحقيقا لمقتضى الشركة بقدر الإمكان (وكذا) لو أوصى لاثنين لكل واحد جارية ثم أشرك فيهما ثالثا كان له نصف كل واحدة منهما؟ لما ذكرنا." (١)

"المرض. ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم إلا عن قصد فلا يرد تصرفه.

وأما الوجه الثالث: وهو ما إذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كانا في المرض والفعل مما له عنه بد أو لا بد له منه يصير فارا لوجود قصد الابطال إما بالتعليق أو بمباشرة الشرط في المرض وإن لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق ألف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها.

وأما الوجه الرابع: وهو ما إذا علقه بفعلها فإن كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لأنها راضية بذلك وإن كان الفعل مما بد لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر وكلام الأبوين ترث لأنها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا أو في العقبى ولا رضا مع الاضطرار وأما إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض فإن كان الفعل مما لها منه بد فلا **إشكال** أنه لا ميراث لها وإن كان مما لا بد لها منه فكذلك **الجواب** عند محمد رحمه الله وهو قول زفر لأنه لم يوجد من الزوج صنع بعدما تعلق حقها بماله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ترث لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه كأنها آلة له كما في الإكراه.

قال: " وإذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث " وقال زفر رحمه الله ترث لأنه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض إذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لأنه ينعدم به مرض الموت فتبين أنه لا حق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات الزوج من مرضه وهي في العدة لم ترث وإن لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق أنها بالردة أبطلت أهلية الارث إذ المرتد لا يرث أحدا ولا بقاء له بدون الأهلية وبالمطاوعة ما أبطلت الأهلية لأن المحرمية لا تنافي الإرث وهو الباقي بخلاف ما إذا طاوعت في حال قيام النكاح لأنها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا.

" ومن قذف امرأته وهو صحيح ولا عن في المرض ورثت وقال محمد رحمه الله لا ترث وإن كان القذف في المرض ورثته في قولهم جميعا " وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه إذ هي ملجأة إلى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه " وإن آلى من امرأته." (٢)

"**إشكالا** فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك، وهاهنا قال يجب. قيل ما ذكر هاهنا **جواب** القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان. وقيل بينهما فرق، ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهرا لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا، فبعد ذلك وإن بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص. أما هاهنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال، فإذا لم

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني ٣٨٢/٧

(٢) الهداية في شرح بداية المبتدي المَرْغِيناني ٢٥٣/٢

يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة، هذا إذا لم يعتقه، أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل.

قال: "وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان: قيمة لصاحب الدين، وقيمة لأولياء الجناية" لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد: الدفع للأولياء، والبيع للغرماء، فكذا عند الاجتماع. ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنها بالإتلاف بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى إلى الغرماء، لأن الأجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لأنه دونه، وهاهنا يجب لكل واحد منهما بإتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما.

قال: "وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فإنه يباع الولد معها في الدين، وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها" والفرق أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري إلى الولد كولد المرهونة، بخلاف الجناية لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها، وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية.

قال: "وإذا كان العبد لرجل زعم رجل آخر أن مولاه أعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل الزاعم خطأ فلا شيء له" لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة.

قال: "وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد" لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان، إذ الكلام فيما إذا عرف رقه، والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا أو فداء، وصار كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وأنا صبي أو بعت داري وأنا صبي، أو قال طلقت امرأتي." (١)

"واحدة ترد **إشكالا** على الأخرى، **والجواب** في هاتين المسألتين على هذا الوجه منقول عن ابن سلمة رحمه الله، وذكر في آخر «النوادر» قبيل باب التأويلات عن الفقيه أبي بكر رحمه الله أن الأقلف إذا لم يدخل الماء داخل الجلدة، ففي الغسل لا يجزئه، وفي الوضوء يجزئه، وجعله كالمضمضة والاستنشاق والله أعلم.

نوع منه في بيان فرائضه وسننه

والفرض فيه أن يغسل جميع بدنه ويتمضمض ويستنشق، والمضمضة والاستنشاق فرضان في الغسل، نفلان في الوضوء، والأصل فيه قوله عليه السلام: «تحت كل شعرة جنابة فبلوا الشعرة والبشرة» ، وفي الأنف شعر وفي الفم بشرة. قال ابن الأعرابي: البشرة اسم لجلدة تقي اللحم من الأذى، ولأن الأنف والفم عضوان يمكن إيصال الماء إليهما من غير حرج، فيجب في الغسل عن الجنابة كما في سائر الأعضاء وهذا لأن الواجب تطهير البدن، قال الله تعالى: ﴿وإن كنتم جنبا فاطهروا﴾ (المائده:٦) واسم البدن يتناول الكل إلا ما لا يمكن إيصال الماء إليه يسقط اعتباره لمكان الضرورة، فأما إذا أمكن إيصال الماء إلى هذين العضوين من غير حرج لا ضرورة إلى إسقاط اعتبارهما. أما في الوضوء الواجب غسل الوجه،

---

(١) الهداية في شرح بداية المبتدي المَرْغيناني ٤/٤٨٨

والوجه اسم لما يواجه الناظر، والمواجهة لا تقع بباطن الفم والأنف.v
وتقديم الوضوء على الاغتسال في الجنابة سنة، وليس فرضا عند علمائنا رحمهم الله، حتى إنه لو لم يتوضأ وأفاض الماء على رأسه وسائر جسده ثلاثا أجزأه إذا كان قد تمضمض واستنشق.

رجل اغتسل من الجنابة ولم يتمضمض، إلا أنه شرب الماء، هل يقوم شرب الماء مقام المضمضة؟ كان الفقيه أحمد بن إبراهيم يقول لعمرو هكذا كان جواب الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله (٩ب١) حسب ما بلغ: إذا تمضمض يجوز، وما لا فلا، وبنحوه روى الحاكم الشهيد رحمه الله في «المنتقى» عن محمد، والذي روي عنه جنب شرب الماء قال: إن كان الشرب أتى على جميع فمه يجزئه عن المضمضة، وإن كان مص الماء مصا، فلم يأت على جميع فمه لم تجزئه عن المضمضة.." (١)

"بركعة فيضيف إليها ركعة أخرى، ثم يسلم ويستقبل الظهر، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.
أما قول محمد رحمه الله: لا يضيف إليها ركعة أخرى بناء على أن عند أبي حنيفة رحمه الله: أن تطلب صفة الفرضية ها هنا لم تعطل أصل الصلاة، فيضيف إليها ركعة أخرى يصير متنفلا بست ركعات، وعند محمد رحمة الله عليه: بطل أصل الصلاة ها هنا لأصلين مختلفين:
أحدهما: أن من أصل محمد رحمه الله: أن كل فرض فسد بسبب من الأسباب يبطل التحريمة أصلا؛ لأن للصلاة جهة واحدة عنده، فإذا فسدت صفة الفريضة بطل أصل الصلاة.
والثاني: أن صلاته لو لم تفسد أصلا ها هنا تصير تطوعا، وترك القعدة على رأس الركعتين في التطوع تفسد الصلاة عنده، فإذا لم يقعد على رأس الرابعة تبطل صلاته أصلا، وإذا بطلت صلاته لا يضيف إلى الخامسة ركعة أخرى.
وعندهما: ترك القعدة على رأس الركعتين في التطوع لا يبطل الصلاة، وإذا بطل صفة الفريضة بسبب من الأسباب لا تبطل؛ لأن الفرضية صفة زائد على أصل الصلاة، فبطلان التحريمة في حق صفة الفريضة لا توجب بطلان التحريمة في حق أصل الصلاة، وإذا تعينت التحريمة في أصل الصلاة عندهما يضيف إليها ركعة حتى يصير متنفلا بست ركعات؛ لأن النفل شرع شفعا لا وترا.

وإذا بقي أصل الصلاة عندهما لو جاء إنسان واقتدى به في هذه الصلاة صح اقتداؤه، فإن قطعها الإمام على نفسه، فلا شيء عليه؛ لأنه شرع في تطوع مظنون لا يوجب اللزوم كما في الصوم.
ولو قطعها المقتدي على نفسه يلزمه قضاء ست ركعات عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمة الله عليهما.
فرق أبو يوسف بين هذا الفصل وبين الفصل الأول، وهو ما إذا قعد قدر التشهد في الرابعة فإن هناك قال يقضي ركعتين، وها هنا قال: يقضي ست ركعات، بعض مشايخنا رحمهم الله لم يشتغلوا بالفرق.

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٨١/١

وقالوا: الفرق في غاية **الإشكال**، وبعضهم اشتغلوا قالوا بأن هناك لما قعد قدر التشهد فقد تم فرضه فيصير شارعا في النفل، ومن ضرورة شروعه في النفل خروجه عن الفرض، فإذا اقتدى به إنسان قائما التزم ركعتين لا غير، فلا يلزمه بالإفساد إلا قضاء ركعتين، وههنا لم يتم الفرض حتى يصير شارعا في النفل ويخرج عن الفرض ضرورة شروعه في النفل بل بترك القعدة بطلت الفرضية أصلا وانعقد إخراجه في الابتداء لست ركعات، فإذا اقتدى به إنسان قائما اقتدى به في تحريمة انعقدت الست، فيصير ملتزما الست، فيلزمه بالإفساد قضاء الست.

والجواب هنا في العشاء مثل **الجواب** في الظهر كما في الفصل الأول، وكذلك." [١]

"وهو في المصر وكان عليه إقامة الجمعة، فيصير بالخروج تاركا فرضا، فلا يباح له الخروج.

قال مشايخنا رحمهم الله: وعلى قياس هذه المسألة يجب أن يكون **الجواب** على التفصيل متى لم يخرج للسفر، ولكن خرج بعد الزوال قبل إقامة الجمعة إلى موضع لا يجب على أهل ذلك الموضع الجمعة، هل يباح له ذلك؟ إن كان يخرج وقت الظهر قبل أن ينتهي إلى ذلك الموضع لا يباح له ذلك؛ لأنه يكون تاركا فرضا، وإن كان لا يخرج وقت الظهر إلا بعد أن ينتهي إلى ذلك الموضع يباح له ذلك؛ لأنه لا يصير تارك فرض؛ لأن العبرة لآخر الوقت.

حكي عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: أنه كان يقول عندي في **جواب** أصل المسألة **إشكال**، وجهه: أن اعتبار آخر الوقت إنما يكون فيما ينفرد هو بأدائه وهو سائر الصلوات، فأما الجمعة لا ينفرد هو بأدائها، وإنما يؤديها مع الإمام والناس، فينبغي أن يعتبر وقت أدائهم حتى إذا كان لا يخرج من المصر قبل أداء الناس الجمعة ينبغي أن يلزمه شهود الجمعة.

الرستاقي إذا سعى يوم الجمعة إلى المصر يريد إقامة الجمعة، وإقامة حوائج له في المصر ومعظم مقصوده إقامة الجمعة ينال ثواب السعي، إلى الجمعة، وإذا كان قصده إقامة الحوائج لا غير أو كان معظم مقصوده إقامة الحوائج لا ينال ثواب السعي إلى الجمعة، إذا أدرك الإمام في الجمعة بعدما قعد قدر التشهد، فعن محمد وزفر: أنه يصلي أربعا بتحريمة الجمعة، ولا يستقبل التكبير بخلاف الإمام، إذا دخل عليه وقت العصر وهو في الجمعة، فإنه يستقبل التكبير للظهر، قال الشيخ الإمام الزاهد أبو حفص رحمة الله عليه: قلت لمحمد رحمه الله: يصير مؤديا الظهر بتحريمة الجمعة؟ فقال: ما تصنع وقد جاءت به الآثار.

نوع آخرمن هذا الفصل في المتفرقات

إذا تذكر يوم الجمعة والإمام في الخطبة أنه لم يصل الفجر، فإنه يقوم يصلي الفجر، ولا يستمع الخطبة؛ لأنه لو استمع وقضى الفجر بعدها تفوت الجمعة، إذا صلى السنة التي بعد الجمعة بنية الظهر، ينبغي أن يقرأ في جميع الركعات، وإذا صلى الإمام ركعة من الجمعة ثم أحدث خرج من المسجد، ولم يقدم أحدا، فقدم الناس رجلا قبل أن يخرج الإمام من المسجد،

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٥١١/١

جاز ضرورة إصلاح صلاتهم، فإن تكلم المقدم أو ضحك قهقهة، فأمر غيره أن يجمع بهم لا يجوز، لأن الإمام لم يفوض إليه لكن استحسنا أن يبني على صلاة الإمام، ضرورة إصلاح صلاتهم فإذا خرج عن صلاة الإمام لم يبق إماما.." [1]

"الصف الأول، بل يحرسون الصف الثاني، ثم يمكث الإمام قاعدا حتى يسجد الصف الأول السجدة الأولى، فإذا سجدوا السجدة الأولى سجد الإمام سجدة أخرى، ويسجد معه الصف الأول، ولا يسجد الصف الثاني، بل يحرسون الصف الأول حتى يحصل لكل طائفة سجدة مع الإمام، فيستويان، ثم يمكث حتى تسجد الطائفة الثانية السجدة الأخرى، ثم يدركون الإمام ثم يصلي بهم الركعة الأخرى على هذا الوجه إلا أنه في الركعة الثانية إن شاء تقدم الصف الثاني، وقام مقام الصف الأول حتى يستويان، وإن شاء يتقدم، وذلك أفضل وهو قول ابن أبي ليلى.

فإن كان الإمام والقوم مقيمين والصلاة من ذوات الأربع فإنه تقوم طائفة بإزاء العدو، ثم يفتتح الصلاة بالطائفة التي معه، فيصلي بهم ركعتين، ويقعد قدر التشهد؛ فإنه تذهب هذه الطائفة بإزاء العدو، ثم تجيء الطائفة الأخرى التي كانت بإزاء العدو مكان صلاتهم، والإمام قاعد منتظر مجيئهم، فيصلي بهم ركعتين، ثم يتشهد ويسلم، ولا تسلم معه الطائفة الثانية، بل يقومون فيذهبون بإزاء العدو، ثم تجيء الطائفة الأولى مكان صلاتهم فيصلون ركعتين بغير قراءة، ويسلمون ويقفون بإزاء العدو، ثم تجيء الطائفة الثانية مكان صلاتهم، ويصلون ركعتين بقراءة على نحو ما بينا.

وإن كان الإمام مقيما والقوم مسافرون فالجواب فيه كالجواب فيما إذا كان الكل مقيمين؛ لأن القوم صاروا مقيمين في حق هذه الصلاة حين اقتدوا بالمقيم.

فإن كان الإمام مسافرا، والقوم مقيمين صلى بالطائفة التي معه ركعة، ثم انصرفوا بإزاء العدو، وصلى بالطائفة الثانية ركعة وسلم، ثم تجيء الطائفة الأولى فيصلون ثلاث ركعات بغير قراءة، نص على هذا في «الكتاب» ، وهذا الجواب في الركعة الثانية لا يشكل؛ لأنهم في الركعة الثانية كأنهم خلف الإمام من حيث الحكم؛ لأنهم أدركوا أول الصلاة، إنما الإشكال في الركعتين الأخريين، لأنهم يؤدون الأخريين على سبيل الانفراد؛ لأن تحريمتهم هكذا انعقدت مع هذا قال: يقضيهما بغير قراءة.

وذكر الحسن بن زياد رحمه الله في «المجرد» : أنه يقضيها بقراءة. وإن كان الإمام مسافرا والقوم مقيمون ومسافرون صلى الإمام بالطائفة الأولى ركعة، فمن كان مسافرا خلف الإمام بقي إلى تمام صلاته ركعة ومن كان مقيما بقي إلى تمام صلاته ثلاث ركعات، ثم ينصرفون بإزاء العدو، وترجع الطائفة الأولى إلى مكان الإمام، فمن كان مسافرا يصلي ركعة بغير قراءة؛ لأنه مدرك أول الصلاة، ومن كان مقيما يصلي ثلاث ركعات بغير قراءة في ظاهر الرواية.

وفي رواية الحسن: يقرأ في الركعتين الأخريين بفاتحة الكتاب، وفي الركعة الأولى لا يقرأ فإذا تمت الطائفة الأولى صلاتهم ينصرفون بإزاء العدو وتجيء الطائفة الثانية إلى مكان صلاتهم فمن كان مسافرا يصلي ركعة بقراءة؛ لأنه مسبوق ومن كان مقيما يصلي ثلاث ركعات الأولى بفاتحة الكتاب وسورة؛ لأنه كان مسبوقا فيها، وفي الأخريين بفاتحة الكتاب على الروايات

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٢/ ٩٠

كلها.

وإن كان الإمام مقيما، والقوم مقيمون ومسافرون، فالجواب فيه كالجواب فيما إذا." (١)

"المسلمين، وقتلوا الصبيان والمجانين، فإنهم يغسلون عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يغسلون.

حجتهما: أنهم قتلوا في سبيل الله تعالى ظلما، فيكونوا شهداء كالبالغين.

يوضحه: أن حال الصبيان والمجانين في الطهارة فوق حال البالغين العاقلين، فإذا لم يغسل البالغ إذا استشهد؛ لأنه يطهر بالسيف، فالصبي والمجنون أولى، ولأبي حنيفة رحمه الله أنهم ليسوا في معنى شهداء أحد إذ لم ينقل أنه كان فيهم صبي أو مجنون فلا يلحقوا بهم في حق سقوط حكم الغسل.

وقد صح أن ابني آدم لما قتل أحدهما صاحبه أوحى الله تعالى إلى آدم عليه السلام: «أن اغسله وكفنه وصلي عليه وادفنه» ؛، ولأن السيف محاء للذنوب والخطايا، وليس لهؤلاء ذنوب، فكان القتل في حقهم والموت سواء.

وهما يقولان: بأن السيف يطهر ويسقط الغسل عمن له ذنوب وخطايا، فلأن يسقط الغسل عنهم أولى، والجواب لأبي حنيفة رحمه الله ما بينا، ولأن ترك الغسل لإبقاء أثر الشهادة عليه ليكون له حجة على خصمه ولو لقيه، والصبي لا يخاصم بنفسه في حقوق الدنيا، فكذا في حقوق الآخرة، وإنما الخصم عنه في الآخرة هو الله تعالى، والله تعالى غني عن الشهود، فلا حاجة إلى إبقاء أثر الشهادة عليه. وأما كونه طاهرا فهو شرط عند أبي حنيفة رحمه الله حتى أن الجنب إذا قتله أهل الحرب، أو أهل البغي، أو اللصوص يغسل عنده، وقال أبو يوسف: لا يغسل.

والحائض والنفساء إذا طهرتا، وتم الانقطاع، ثم قتلتا قبل الغسل، فهو على الخلاف، وإن قتلتا والحيض والنفاس قائم، عندهما لا يغسلان بلا إشكال، وعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان وأصح الروايتين عنه أن تغسل.

هما يقولان: الغسل الواجب بالجنابة سقط بالموت؛ لأن الغسل كان واجبا عليه، فيسقط بالموت لعجزه، والغسل بسبب الموت لم يجب؛ لأنه شهيد. ولأبي حنيفة رحمه الله حديث حنظلة، فإنه استشهد وهو جنب فغسلته الملائكة.

فسأل رسول الله عليه السلام زوجته عن حاله فقالت: أحبلني البارحة فأعجله الحرب من الغسل فقتل وهو جنب، فغسلته الملائكة تعليما لنا، كما في قصة آدم عليه السلام؛ ولأن الأصل في بني آدم الغسل، إنما تركنا هذا الأصل بحديث شهداء أحد، ولم يرو أنه كان فيهم جنب أو حائض؛ ولأن الشهادة عرفت مانعة ثبوت النجاسة، لا مطهرة عن نجاسة.

بيانه: أن المسلم طاهر، ولكن يتنجس بالموت، فالشهادة تمنع ثبوت النجاسة بالموت، والجنب والحائض نجس ممنوع عن دخول المسجد وتلاوة القرآن، فالشهادة لو عملت (١١٧ب١) في حقهما إنما تعمل في إزالة النجاسة، والمنع من الثبوت أسهل من الرفع بعد الثبوت، ولا يقاس الأعلى على الأدنى.

وأما كونه مقتولا ظلما، فهو شرط بلا خلاف حتى أن من افترسه السبع، أو سقط." (٢)

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ١٢٧/٢

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ١٦٣/٢

"يقال بأن المعجل يصير زكاة من حين دفعه وعند ذلك كان عينا، لأنا نقول هذا فاسد؛ لأن المعجل لو صار زكاة من حين دفعه، تخرج الخمسة من ملك المالك من وقت التعجيل، فلا يكمل به النصاب، ولا تجب الزكاة، فيبطل المعجل ولا يصير زكاة، فتقتصر صيرورة المعجل زكاة على الحال، وعند ذلك يتأتى **الإشكال**.

الوجه الخامس: أن يتصدق بها العاشر على المساكين قبل تمام الحول، ثم تم الحول، وفي هذا الوجه لا يصير المعجل زكاة لانعدام الوجوب في آخر الحول، لعدم كمال النصاب؛ لأن المعجل بوصوله إلى كف الفقير خرج عن ملكه حقيقة وحكما، ولا ضمان على الساعي؛ لأن التصدق حصل بإذن المالك.

بيانه: أن الدفع إلى الساعي والساعي يقبض للمساكين، ويحتمل أن يصرفها إلى الفقراء قبل تمام الحول إذن بالدفع، زكاة على تقدير وجوب الزكاة، بأن يستفيد خمسة أخرى قبل الحول، وإذن بالدفع تطوعا على تقدير عدم وجوب الزكاة.

الوجه السادس: أن يأكلها الساعي صدقة بحاجة نفسه، **والجواب** فيه نظير **الجواب** في الوجه الخامس لأن التصدق به على نفسه كالتصدق على مسكين آخر.

الوجه السابع: إذا ضاعت من يد الساعي قبل تمام الحول ثم وجدها بعد تمام الحول، وفي هذا الوجه لا يصير المعجل زكاة؛ لأن تكميل النصاب بالخمسة المفقودة متعذر؛ لأنها ضمان، وإذا لم يصر المعجل زكاة كان للمالك أن يسترده من الساعي، فإن لم يسترده حتى تصدق بها العاشر لم يضمنه، هكذا ذكر في «الكتاب» بعض مشايخنا، قالوا: هذا على قولهما، أما على قول أبي حنيفة: ينبغي أن يضمن؛ لأن صاحب المال أمره بالأداء على وجه يسقط الفرض عنه، وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه ههنا.

أصله: الوكيل بأداء الزكاة إذا أداها بعدما أدى الموكل بنفسه، وهناك الوكيل ضامن عند أبي حنيفة لما قلنا، وعندهما لا يضمن فههنا كذلك.

والمحققون من مشايخنا قالوا: لا ضمان ههنا عند الكل، وفرقوا لأبي حنيفة بين هذه المسألة، وبين مسألة الوكيل، والفرق: أن في مسألة الوكيل الفرض لازم وقت الأمر، فيتقيد بالأمر بالصرف على وجه يسقط الفرض عنه، وهذا المعنى عن الأمر، وههنا الفرض غير لازم وقت التعجيل، ويحتمل أن يكون المعجل في يد الساعي إلى آخر الحول ويحتمل أن لا يبقى، ويحتمل أن يستفيد مالا آخر، ويحتمل أن لا يستفيد، وعلى بعض الوجوه لا يقع الصرف مسقطا الفرض عنه، فلا يتقيد الأمر بالصرف بإسقاط الفرض عنه، وإن نهى العاشر عن التصدق في هذه الصورة ضمنها إذا تصدق بعد ذلك بلا خلاف.

الفصل الثاني: إذا استفاد صاحب المال خمسة قبل تمام الحول، فتم الحول وفي يده مائتا درهم، فإنه تجب الزكاة في الوجوه كلها، لأنه تم الحول ونصابه كامل بدون المعجل ويصير المعجل زكاة؛ لأنه عجلها لتصير زكاة عما تلزمه من الزكاة في هذه السنة، وقد لزمته الزكاة في هذه السنة، فتصير زكاة، وليس عليه في الخمسة المعجلة." (١)

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٢٦٩/٢

"وذكر هذه الروايات في الباب الرابع من حج «المنتقى» ، وفي باب الخامس من حج «المنتقى» داود بن رشيد عن محمد رجل خرج يريد الحج، فأحرم لا ينوي شيئا، فهو حج بناء على أن العبادات لصيرورته سابقة عليها جائز، وهذه المسألة دليل على أن التلبية والذكر ليس بشرط لصيرورته محرما.

وفي هذا الباب أيضا الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: رجل أتى الحج، وهو يريد العمرة وأتى بالعمرة وهو يريد الحج فهو كان ما نواه، وإن قال: لبيك بحجة وهو ينوي الحج والعمرة كان قارنا، وفي المسألة **إشكال** من وجهين:

أحدهما: أنه اعتبر النية، ولم يعتبر اللفظ. والثاني: أن الحج في قوله: لبيك بحجة يكره في موضع الإثبات، فكيف جعله قارنا إذا نوى الحج والعمرة جميعا؟ **الجواب.**

أما الأول: قلنا: الحج اسم لزيارة أماكن مخصوصة قصد الزائر تعظيمها، والعمرة كذلك، فإنها تسمى حجة صغرى، فالمنوي من محتملات اللفظ، فيكون هذا اعتبار اللفظ فيما يحتمله اللفظ لاعتبار النية بانفرادها.

وأما الثاني قلنا: القارن حاج كما أن المفرد حاج لكن القارن حاج بأبلغ جهات الحج، ففي الحقيقة هذا يرجع إلى صيغة الملتزم، ولا يرجع إلى العموم، والإحرام (١٦٨ب١) عندنا شرط جواز الحج حتى جاز تقديمه على أشهر الحج؛ لأن تقديم شرط العبادات على أوقاتها جائز، كتقديم الطهارة على وقت الصلاة، والمحرمون أنواع أربعة:

مفرد بالحج، ومفرد بالعمرة، وقارن، ومتمتع.

فالمفرد بالحج: أن يحرم بالحج من الميقات، أو قبل الميقات في أشهر الحج، أو غير أشهر الحج، ويذكر الحج بلسانه عند التلبية مع القصد بالقلب، ويقول: لبيك بحجة، أو ينوي الحج بقلبه، ولا يذكر بلسانه، والذكر باللسان أفضل، وركنه الوقوف بعرفة من وقت الزوال يوم عرفة، وطواف الزيارة يوم النحر، وواجباته أربعة: الوقوف بمزدلفة، ورمي الجمار، والسعي بين الصفا والمروة، وطواف الصدر.

وأما المفرد بالعمرة، فإنه يحرم للعمرة من الميقات أو قبل الميقات في أشهر الحج، ويذكر العمرة بلسانه عند التلبية مع القصد بالقلب، فيقول: لبيك بعمرة، أو يقصد العمرة بقلبه ولا يذكرها بلسانه، والذكر باللسان أفضل، وركنه الطواف، وواجبه السعي بين الصفا والمروة.

وأما القارن أن يحرم بالحج والعمرة معا، ويذكرهما بلسانه عند التلبية مع القصد بالقلب، فيقول: لبيك بحجة وعمرة، أو يقصدهما بالقلب، ولا يذكرهما بلسانه، والذكر باللسان أفضل، فإذا لبى على هذا الوجه يصير محرما بإحرامين، فيعتمر في أشهر الحج، أو قبله ويحج من عامه ذلك.

أما المتمتع: فهو أن يحرم بالعمرة من الميقات، أو قبله في أشهر الحج، أو قبله ويعتمر، ويحرم للحج، ويحج من عامه ذلك من غير أن يلم بأهله إلماما صحيحا، وسيأتي بيان المواقيت بعد هذا إن شاء الله تعالى.." (١)

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٤٢١/٢

"مستأنف؛ لأن العتق هنا موعود، ولا يجبر الزوج على الإعتاق؛ لأن العتق كان موعودا، فلا جبر في المواعيد.
بعد هذا المسألة على وجهين: أما إن عتق الزوج أخاها أو لم يعتق، فإن لم يعتق ينظر إن كان لم يسم لها مهرا، فلها مهر مثلها، وإن سمى لها مهرا، فإن كان المسمى مثل مهر مثلها، فلها ذلك ليس لها غيره، وإن كان المسمى أقل من مهر المثل، فلها تمام مهر مثلها، لأنها حطت عن مهر المثل لخلاص أخيها عن ذل الرق، ولم يحصل لها هذا المقصود.
وإن أعتق الزوج أخاها فإن كان الزوج سمى لها مهرا، فلها المسمى، وإن كان المسمى دون مهر مثلها؛ لأن مقصودها قد حصل هنا، وإن لم يسم له مهرا، فلها تمام مهر مثلها.
ولو تزوجها (على) أن يعتق أخاها عنها، فقبلت جاز النكاح، فصار رقبة الأخ ملكا لها بنفس العقد، وعتق الأخ عليها بحكم القرابة أعتقه الزوج أو لم يعتقه؛ لأن المرأة طلبت منه أن يعتقه عنها، والعتق عنها لا يثبت إلا بعد تقدم الملك لها، فتقدم الملك، وثبت العتق عنها بجهة القرابة.

في هذا الفصل نوع **إشكال**؛ لأنه أثبت الملك بدون الإعتاق، والملك في مثل هذا لا يثبت بدون الإعتاق كما في قوله: أعتق عبدك عني على ألف درهم، **والجواب** وهو الفرق بين الفصلين أن النكاح يقتضي ملك المهر، فملك العبد يصلح مقتضى النكاح، ويصلح مقتضى العتق فاستويا فاحتجنا إلى الترجيح، فنقول: جعله مقتضى النكاح أولى؛ لأنا إن جعلناه مقتضى العتق، فالعبد يكون مهرا أيضا، والملك لها في العبد باعتبار أنه مهر بدليل أنه لو طلقها قبل الدخول يجب عليها رد نصف قيمة العبد، فكان الترجيح لجانب النكاح، فجعلناه مقتضى النكاح، فيثبت بمجرد النكاح، ولا كذلك في قوله: أعتق عبدك عني؛ لأن هناك الملك مقتضى العتق؛ لأنا لو لم نجعله مقتضى العتق يبطل كلامهما، فجعلها مقتضى العتق، فلا يثبت قبل ثبوت العتق.
ولو تزوجها على عتق أخيها، فقبلت جاز النكاح وعتق العبد عن المولى؛ لأنه جعل العتق عوضا عن النكاح، ولها مهر مثلها؛ لأن عتق الأخ لا يصلح صداقا، وإن كان سمى لها مع ذلك ما يصلح مهرا، فلها المسمى لا غير، وإن كان دون مهر مثلها. ولو تزوجها على عتق أخيها عنها فقبلت جاز النكاح، وعتق العبد عليها، وليس لها غير الأخ؛ لأن الزوج حصل على رقبة الأخ؛ لأن العتق عنها لا يكون إلا بعد تقديم للملك لها في رقبة الأخ، فصار اشتراط العتق اشتراطا لتمليك الرقبة منها، ورقبة الأخ تصلح مهرا، فلا يجب شيء آخر لها.
ولو كان تزوجها على أن يعتق عبدا أجنبيا لا قرابة بينه وبينها جاز النكاح (١١٨٩أ) ولا يعتق العبد إلا بإعتاق الزوج، فيكون لها مهر مثلها إن لم يسم لها مهرا، وإن سمى لها ما يصلح مهرا، فلها المسمى لا غير وإن كان ذلك دون مهر مثلها؛ لأن الشرط هنا ليس بمرغوب بخلاف إعتاق الأخ.." (١)
"الخلع، لأن نكاح المدعي لم يثبت فكيف يصح الخلع منه، وإقدام المرأة على الإختلاع وأن جعل إقرارا منها لنكاح المدعي دلالة إلا أن إقرارها بالنكاح في حق الزوج الثاني غير عامل لو أقرت صريحا، فكيف إذا أقرت دلالة؟ فلم يثبت نكاح

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ١٦/٣

المدعي، ولم يصح الخلع منه ولم يجب اعتداد، وبقي نكاح الثاني صحيحا كما كان. ادعى زيد وعمرو نكاح امرأة فأقرت المرأة لزيد فقضى القاضي بالمرأة لزيد بحكم إقرارها فقال القاضي بعد ذلك للمرأة: كان زوجك القديم عمرو ولك منه أولاد ثم أقررت بالنكاح لزيد وكيف الحال فقالت: بلى كان زوجي القديم عمرو، إلا أنه طلقني وانقضت عدتي وتزوجت بزيد بعد انقضاء عدتي، وأنكر عمرو أنه طلقها، فإن كان للقاضي علما أن هذه المرأة كانت امرأة عمرو لها منه أولاد سلمها إلى زيد، وكذلك لو أن القاضي سألهما حين ادعيا نكاحها بهذا السؤال قبل إقرارها بالنكاح لزيد، فأجابت على نحو ما بينا وأقرت بالنكاح لزيد فالقاضي لا يقضي بالنكاح لزيد ما لم يثبت زيد طلاق عمرو.

إذا زوج الرجل أخته ثم قال لها وقت الزفاف هل أجزت ما فعلت فقالت: أجزت، وقد كان الأخ باع أملاكها فقالت: ما علمت ببيع الأملاك، وما أراد به بقوله لي أجزت فالقول قولها وصرف قولها أجزت إلى ترتيب الزفاف.

زوج ابنة البالغ امرأة فذهب الابن إلى بيت الصهر وسكن معهم، وإذا سئل أين تسكن يقول في بيت صهري فهذا من أجازه للنكاح كذا حكى شيخ الإسلام الأوزجندي رحمه الله. صبي عامل تزوج امرأة وغاب، وتزوجت المرأة تاجرا فحضر الصبي، وقد بلغ وأجاز النكاح الذي باشره في حال صغره، ينظر إن كانت المرأة قد تزوجت التاجر قبل بلوغ الصبي وإجازته، صح النكاح ويتضمن إقدامها على النكاح الثاني فسخا للأول، وإن كانت قد تزوجت التاجر بعد إجازة الصبي وبلوغه؛ إن كان النكاح من الصبي بمهر النكاح أو بأكثر مقدار يتغابن الناس فيه لا يصح النكاح الثاني لأن نكاح الصبي في هذه الصورة قد انعقد وعمل إجازته بعد البلوغ، وصارت المرأة امرأة الصبي ولا يصح نكاحها مع الثاني، وإن كان نكاحها بأكثر من مهر المثل مقدار ما لا يتغابن الناس فيه، فإن كان للصغير أب أوجد، فكذلك لأن نكاحه قد انعقد لأن له مجيز وهو الأب أو الجد، لأنهما يملكان مباشرة هذا العقد على الصغير فيملكان إجازته وهذا **الجواب** إنما يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله ما عرف، وإن لم يكن للصغير أب أو جد فنكاحها مع الثاني صحيح لأن نكاح الصبي في هذه الصورة لا ينعقد لأنه لا مجيز له فيجوز نكاحها مع الثاني.

في «فتاوى أبي الليث» رحمه الله وفي «النوازل» امرأة وهبت مهرها لزوجها ثم ماتت بعد مدة وطلبت ورثتها مهرها من زوجها، وقالوا: كانت هبتها المهر في مرض موتها فلم تصح فقال الزوج: لابل كانت الهبة في الصحة، فالقول قول الزوج لأنهم يدعون عليه الدين وهو ينكر، وفي المسألة نوع **إشكال** لأن المهر كان ثابتا فالزوج يدعي السقوط وهم ينكرون ذلك **والجواب** على المهر كان ثابتا ولكن حقا للمرأة لاحقا للورثة فهم يدعون الاستحقاق لأنفسهم ولم يعرف هذا الاستحقاق لهم، والزوج ينكر فكان." (١)

"الطلاق إذا جاء وقت السنة لأن الزوج يتصرف بحكم المالكية، وهو كما يملك التنجيز يملك الإضافة والتعليق فإذا لم يصح هذا القول تنجيزا صح إضافة وتعليقا صيانة للتصرف عن البطلان.

وإن كانت طاهرة من غير جماع حين قالت هذا القول وقعت للحال واحدة لوجود وقت السنة ثم لا يقع عليه بذلك اللفظ

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ١٩٣/٣

شيء في الطهر الثاني والثالث إلا إذا جددت الإيقاع عند كل طهر لما ذكرنا أن المفوض إليها أن تطلق نفسها عند كل طهر طلقة، ومن فوض إليه إيقاع الطلاق في المستقبل إذا أوقع في الحال لا يصح إيقاعه لأنه لا يمكن تصحيحه منجزا وإنه ظاهر، ولا يمكن تصحيحه معلقا لأن المفوض إليه التنجيز، فلهذا لا يقع عليها شيء بذلك اللفظ في الطهر الثاني والثالث إلا إذا جددت الإيقاع في الطهر الثاني والثالث، وينبغي أن تجدد الإيقاع في المجلس الذي طهرت فيه الطهر الثاني، وكذا في الطهر الثالث لما عرف.

فإن قيل: لو كان هذا تفويضا عند كل طهر تطليقة ويجب أن لا يقع في الطهر الأول شيء عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنها طلقت نفسها ثلاثا، والزوج إذا قال لها: طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لا يقع شيء عند أبي حنيفة رحمه الله. قلنا: اختلف مشايخنا في **الجواب** عن هذا **الإشكال** بعضهم قالوا ما ذكر في «الكتاب» قولهما، أما على قول أبي حنيفة رحمه الله: لا يقع في الطهر الأول شيء، وبعضهم قالوا: لا بل ما ذكر في «الكتاب» قول الكل، والفرق لأبي حنيفة رحمه الله على قول هذا القائل بين هذه المسألة وبين تلك المسألة أن هناك خالفت أمر الزوج لفظا ومعنى فلم يقع، وههنا وافقت أمره؛ لأنه أمرها أن تطلق نفسها ثلاثا للسنة وقد طلقت كذلك، والأول أصح.

ولو قال لها: طلقي نفسك ثلاثا للسنة بألف درهم، فقالت: طلقت نفسي ثلاثا للسنة بألف درهم وهي طاهرة من غير جماع، وقعت واحدة للحال بثلث الألف، فإذا حاضت وطهرت لا يقع عليها شيء آخر بذلك القول إلا بتجدد الإيقاع لما قلنا وإن جددت الإيقاع بعدما طهرت في مجلس طهرها وقعت واحدة بغير شيء، وكذلك في الطهر الثالث. وإن قال الزوج: أنا رضيت بإيقاعها الثلاث بالألف، وقد أوقعت الثلاث بثلث الألف فصارت مخالفة لا يلتفت إلى قوله، ويقال له: إنها لم تخالف أمرك لفظا ومعنى، لكن امتنع وجوب بعض البدل حكما لانعدام شرط الوجوب بالثانية والثالثة، وهو زوال الملك لكون الملك زائلا بالطلقة الأولى، ولكن الطلاق يجعل شرط وقوعه وجود القبول لا وجوب القبول، وقد تقدم قبول صحيح فوقعت الثانية والثالثة بغير شيء.
لهذا قلنا: وامتناع وجوب بعض البدل حكما لانعدام شرط الوجوب لا يجعلها مخالفة ألا ترى أنه لو أبانها ثم قال لها: طلقي نفسك واحدة بألف، فقالت: طلقت نفسي بألف يقع الطلاق عليها مجانا.
وألا ترى أنه إذا قال لغيره: طلق امرأتي بخمر أو خنزير وطلقها، يقع الطلاق بغير شيء.." (١)
"معهم. وأما إذا باع منهم تطليقة بألف درهم، قال الفقيه أبو القاسم الصفار رحمه الله: وقع الطلاق وجد منهم الضمان أو لم يوجد؛ لأن لفظ الشراء لفظ الضمان، قال الفقيه أبو بكر الإسكاف رحمه الله: هذا والأول سواء وعليه الفتوى.

وإذا وكل الرجل رجلا بطلاق امرأته، فطلقها بمهرها ونفقة عدتها أو خالعها على ذلك، قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله: يجوز

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٢٥٨/٣

ذلك كانت مدخولا بها أو غير مدخول؛ لأن الغالب من عادات الناس أنهم يريدون بالتوكيل بالطلاق (٢٦٥ب١) الطلاق بجعل، لكن هذا الوجه غير مختار؛ لأن هذا يقتضي أن الوكيل بالطلاق إذا طلق مطلقا أنه لا يجوز، وهذا بعيد، وقال الفقيه أبو بكر الإسكاف رحمه الله مرة: لا يجوز من غير تفصيل بين المدخول بها وغير المدخول؛ لأنه وكله بالتنجيز وقد أتى بالتعليق، وهذا التعليل يوجب التسوية بين المدخول بها وغير المدخول بها، وبه كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله، وهو اختيار الفقيه أبي الليث رحمه الله. وقال الفقيه أبو بكر الإسكاف رحمه الله مرة أخرى: إن كانت المرأة مدخولا بها لا يجوز وإن لم يكن مدخولا بها يجوز، وهكذا حكي عن الفقيه أبي القاسم الصفار، وهو اختيار الصدر الشهيد رحمه الله في «واقعاته» . والوجه في ذلك أن المرأة إذا لم تكن مدخولا بها، فهذا من الوكيل خلاف إلى خير؛ لأنه وكله بطلاق يقطع النكاح مجانا، وقد أتى بطلاق قطع النكاح بعوض ولا يعد ذلك خلافا وإذا كانت مدخولا بها. هذا من الوكيل خلاف إلى شر؛ لأنه وكله بطلاق بغير عوض، والطلاق بغير عوض في المدخول بها لا يقطع النكاح، وقد أتى بطلاق قطع النكاح، فكان هذا خلافا إلى شر فاعتبر خلافا.

وفي «فتاوى أبي الليث» : رجل قال لغيره: طلق امرأتي على أن تخرج من البيت، ولا تخرج منه شيئا ففعل ثم اختلفا، فقال الزوج: أخرجت، وقالت: المرأة لم أخرج، فالقول قول الزوج؛ لأنه ينكر شرط وقوع الطلاق. قال الصدر الشهيد في «واقعاته» : في المسألة نوعان إيهام أنه أراد بقوله طلق امرأتي على شرط أن لا تخرج من البيت، علق طلاقها بشرط أن تخرج من البيت ولا تخرج منه شيئا، فهذا صحيح؛ لأن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط، فالزوج بقوله: أخرجت شيئا من البيت أنكر شرط وقوع الطلاق فالقول قوله، وإن أراد بقوله: طلقها على شرط أن لا تخرج من البيت شيئا. قل لها: أنت طالق على أن لا تخرجي من البيت شيئا، فهذا **الجواب** غير صحيح، لأنها إذا قبلت ينبغي أن يقع الطلاق للحال أخرجت شيئا أو لم تخرج، فإن الرواية محفوظة فيما إذا قال: أنت طالق على أن تعطيني ألف درهم ففعلت تطلق وإن لم تعط الألف، وكذلك إذا قال لها: أنت طالق على دخولك الدار، يقع الطلاق إذا قبلت دخلت أو لم تدخل؛ لأنه استعمل الدخول استعمال العوض فكان الشرط قبوله لا وجوده.

قال محمد رحمه الله في «الأصل» : إذا وكلت المرأة صبيا أو معتوها أن يخالعها من زوجها كان التوكيل صحيحا؛ والصبي والمعتوه في هذا كالبالغ، وفيه نوع **إشكال**؛ لأن الصبي لا يملك هذا العقد لنفسه، فكيف يملك لغيره، **والجواب**: إنما لا يملك." (١)

"فمن حيث أنه نكرة لا يخرج، فلا يخرج بالشك والاحتمال.

بيان هذا الأصل في مسائل ذكرها محمد بن الحسن في «الجامع» : إذا قال الرجل: إن دخل داري هذه أحد، فامرأته طالق، فدخلها الحالف بنفسه لا تطلق امرأته إذا لم يكن له نية وقت اليمين؛ لأن شرط وقوع الطلاق دخول شخص منكر، والحالف صار معرفا من كل وجه بإضافة الدار إليه بالكناية، وإن نوى الحالف نفسه صحت نيته لأنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأن أحد اسم شخص من بني آدم نكرة، فإذا نوى نفسه فقد نوى شخصا من بني آدم معرفة، فقد وجد بعض معاني

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٣/٣٥٨

الحقيقة فكان، وبالمجاز من كلامه، وفيه تغليظ عليه؛ لأنه يحنث بدخوله بإرادته ويحنث بدخول غيره بالظاهر في القضاء.

قال: رجل اسمه محمد بن عبد الله وله غلام قال: إن كلم غلام محمدا بن عبد الله هذا أحد فامرأته طالق أشار الحالف إلى الغلام لا إلى نفسه، فإن الحالف كلمه بنفسه، أو كلم غيره تطلق امرأته، وإنما وقع الطلاق بكلام الحالف وإن صار معرفا بالاسم؛ لأنه صار معرفا من وجه لما ذكرنا أن التعريف بالاسم تعريف من وجه دون وجه، وقد ذكرنا أن المعرف من وجه يدخل تحت اسم النكرة، فإن قيل: لا بل التعريف بالاسم تعريف من كل وجه، بدليل أن من قال: فلانة بنت فلان التي أتزوجها طالق لا يتعلق بالتزوج؛ لأنها صارت معرفة بالاسم فلغت الصفة إذا بالإشارة في هذه الصفة فههنا يجب أن يكون كذلك، ولو عرف الحالف نفسه بالإشارة إلى نفسه لا يدخل تحت اليمين، فكذا إذا عرف نفسه بالاسم.

والجواب عن هذا **الإشكال** من وجهين.

أحدهما: لا بل التعريف بالاسم تعريف من وجه على ما مر، فصار الحالف معرفا من وجه دون وجه وحاجتنا إلى إخراجه عن قوله: أحد، فمن حيث أنه معرف إن كان يخرج من حيث أنه منكر لا يخرج، فلا يخرج بالشك والاحتمال، وفي مسألة الطلاق الحاجة إلى إيقاع الطلاق عند التزوج، فلا يقع بالشك والاحتمال. فإن قيل: ما ذكرتم يشكل كما لو قال: كل امرأة أتزوجها ما دامت عمرة حية، أو قال متى يموت عمرة معرفة بالاسم فينبغي أن يدخل تحت اسم النكرة وهو قوله كل امرأة، حتى تطلق إذا تزوجها، ومع هذا لا تطلق.

قلنا: عامة المشايخ على أن تأويل المسألة أن عمرة كانت مشارا إليها، فإن قال: ما دامت عمرة هذه حية، فأما إذا لم تكن مشارا إليها تطلق وتدخل تحت اسم النكرة.

الجواب الثاني: أن الاسم والنسبة وضعا لتعريف الغائب، لا لتعريف الحاضر، بل لتعريف الحاضر الإشارة كما في الشهادة فإنها (إن) قامت على غائب أو ميت يشترط الاسم والنسب، وإذا قامت على حاضر تشترط الإشارة. إذا ثبت هذا فنقول: الحالف ها هنا حاضر يشترط لتعريفه الإشارة أو الإضافة بالكناية ولم يوجد، فلم يصير معرفا بل بقي منكرا، فتدخل تحت اسم النكرة، وفي مسألة الطلاق الاسم والنسب في الغائب لا في الحاضر، فيحصل بهما التعريف وتلغوا الصفة، حتى لو كانا في الخاص بأن كانت فلانة." (١)

"وهو نظير ما لو قال لعبيده أيكم أكل هذه الرغيف فهو حر فأكله اثنان أو أكثر من ذلك لا يعتق واحد منهم، سواء كان يقدر الواحد على أكله بدفعة واحدة أو بدفعتين أو بدفعات؛ لأن أكل الرغيف من كل واحد متصور إما بدفعة أو بدفعات، فصار الداخل تحت كلمة أي موصوفا بأكل جميع الرغيف، فلا يعتق بأكل بعض الرغيف، وستأتي مسألة الرغيف في المسائل المتفرقات، وما فيها من اختلاف المشايخ.

فأما إذا كانت الخشبة ثقيلة بحيث لا يقدر الواحد على حملها، فالنكرة صارت موصوفة بحمل بعض الخشبة؛ لأن العمل بحقيقة الكلام متعذر لأن حمل جميع الخشبة لا يأتي من كل واحد في هذه الصورة فيعمل بمجازه، ويجعل الشرط من كل

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٤٠٠/٣

واحد منهم حمل بعض هذه الخشبة.

وهو نظير ما لو قال لعبيده أيكم شرب ماء هذا البحر فهو حر فشرب كل واحد منهم قطرة عتقوا؛ لأن العمل بحقيقة هذا الكلام متعذر فيعمل بمجازه، وجعل الشرط في حق كل واحد من العبيد بشرب بعض الماء.

ثم إن محمدا رحمه الله يقول في «الكتاب» إذا كانت الخشبة ثقيلة يقدر على حملها اثنان، فحملوها جميعا عتقوا لأن الشرط في هذه الصورة حمل بعض الخشبة، والبعض من حيث إنه بعض لا يفصل فيه بين قدر وقدر.

يقول أيضا إذا كانت الخشبة حفيفة، بحيث يقدر الواحد على حملها إذا حملها واحد عتق، وإذا حملها واحد بعد واحد عتقوا. وفيه نوع **إشكال**؛ لأن هذا اللفظ إن كان خاصا ينبغي أنه إذا حملها الواحد، وحكم بعتقه، أنه لو حملها آخر بعد ذلك إنه لا يعتق، وإن كان عاما ينبغي أن لا يعتق واحد منهم ما لم يحملوها جميعا واحد بعد واحد، كما لو قال إن حملتم هذه الخشبة فأنتم أحرار.

والجواب هذا اللفظ خاص بصورته عام من حيث المعنى، فإذا حملها واحد عتقوا عملا بعموم المعنى، بخلاف قوله إن حملتم هذه الخشبة، لأنه عامة صورة ومعنى؛ فما لم يحملوها لا يعتقون.

وفي «الفتاوى» : رجل قال كل جارية أشتريها ما لم أشتر فلانة * لجارية سماها * فهي حرة ثم إن الجارية المحلوف عليها غابت، أو ماتت فاشترى جارية أخرى ففي الموت لا تعتق عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأنه وجد الشرط واليمين ساقط على قولهما لفوت الغاية، وفي الغيبة يعتق ما لم يظهر موتها بلا خلاف لأن بمجرد الغيبة لا يبطل اليمين، بلا خلاف.

وإذا قال لعبيده أيكم بشرني بقدوم (فلان) فهو حر، فبشروه معا عتقوا ولو بشروه واحد بعد واحد عتق الأول خاصة (٣٢٣ب١) .

ولو أمر واحد منهم عبدا آخر أن يذهب إلى مولاه برسالته، فإن أضاف الرسول الخبر إلى المرسل، بأن قال: إن فلانا يقول لك أبشرك بقدوم فلان أو قال فلان أرسلني إليك، ويقول أبشرك بقدوم فلان أعتق المرسل دون الرسول، وإن قال الرسول أبشرك بقدوم فلان وأرسلني فلان إليك عتق الرسول دون المرسل.

رجل قال لعبده أنت حر قبل الفطر والأضحى بشهر، فإنه يعتق في أول رمضان؛ لأن أول رمضان وقت قبل الفطر والأضحى بشهر، وهو نظير ما لو قال لعبده أنت (حر) قبل موت فلان وفلان بشهر، فمات أحدهما لتمام شهر من وقت هذه المقالة عتق العبد؛ لأن هذا وقت قبل موت فلان وفلان بشهر.

وفي «نوادر» : المعلى عن أبي يوسف رحمه الله رجل (قال) : إن اشتريت فلانا، فهو حر وادعاه رجل أنه ابنه ثم اشترياه جميعا، فهو حر، ونصف ولائه للذي حلف بعتقه وهو ابن الذي ادعاه.

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل قال إن اشتريت من هذا." (١)

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ١٩/٤

"والعتاق لا يكون نازلا فيه، فيعتبر فيه إنشاء، إذا ثبت هذا فنقول: حرمة الجمع بين الخمس لمعنى يرجع إلى الزوج، وهو أن حقه لا يسع للخمس، والإيجاب المبهم واقع في حقه، فلم يكن جامعا بين الخمس، فأما حرمة الجمع بين الأختين لمعنى يرجع إليهما وهو صيانتهما عن قطيعة الرحم، والإيجاب المبهم غير واقع في حقهما فيصير جامعا بينهما.

وفي «فتاوى أبي الليث» رحمه الله: إذا قال لأمتيه: إحداكما حرة، فسئل عن إحديهما بعينها، فقال: لم أعن هذه تعتق الأخرى، ولو سئل عن الأخرى فقال: لم أعن هذه عتقت الأولى أيضا، فيعتقان جميعا، وذكر هذه المسألة في «العيون» ووصفها في العبدين، وأجاب بما أجاب في «النوازل» : قال في «النوازل» : وكذلك هذا في الطلاق، فرق بين الطلاق والعتاق والإقرار، فإن من قال لآخر: لهذين رجلين علي ألف درهم، فقيل له: أهو هذا لأحدهما بعينه، فقال: لا، لا يجب للآخر شيء، وأشار الصدر الشهيد رحمه الله في «واقعاته» إلى الفرق، فقال: البيان في الطلاق والعتاق مستحق عليه، ولهذا يجبر عليه، فجعلنا نفي أحدهما تعيينا للآخر ضرورة إخراجه عن عهدة الواجب، أما البيان في الأقرار غير مستحق عليه، ولهذا لا يجبر عليه. ولا ضرورة إلى أن يجعل نفي أحدهما تعيينا للآخر.

وفيما ذكر من **الجواب** في فصل الطلاق والعتاق نوع **إشكال**؛ لأن العتق المبهم صورة أن لا يعين واحدا منهما بعينه. فقوله: لم أعن هذا بعينه بيان صورة العتق المبهم، فكيف يقع به الطلاق والعتاق. في «العين» وفي «فتاوى أهل سمرقند» إذا قال: أمة وعبد من رقيقي حران، ولم يبين حتى مات وله عبدان وأمة عتقت الأمة، ومن كل واحد من العبدين نصفه، ويسعى كل واحد في نصفه. ولو كان له ثلاثة، أعبد وأمة عتقت الأمة، ومن كل واحد من العبيد ثلثه، ويسعى كل واحد منهم في ثلثيه، ولو كان له ثلاثة أعبد وثلاث إماء عتق من كل واحد من العبيد والإماء الثلاث ويسعون في الباقي، ولو كان له ثلاثه أعبد وأمتان، عتق من كل أمة نصفها وسعت في النصف وعتق من كل عبد ثلثه، ويسعى في الثلثين. وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» : رجل قال لعبديه: أحدكما حر، ثم با ع أحدهما أو مات أحدهما عتق الآخر، أما إذا مات أحدهما؛ لأن بالموت لم يبق محلا لإنشاء العتق فلا يبقى محلا للبيان؛ لأن البيان إنشاء في حق محل العتق. وإذا لم يبق الميت محلا للبيان تعين الحي ضرورة، وروي عن محمد رحمه الله فيمن قال: أحد هذين التي أو أحدهما بين أم ولدي، فمات أحدهما لم يتعين القائم للحرية وللاستيلاد عدا إخباره عن أمر سابق، والإخبار يصح في الحي والميت جميعا، بخلاف البيان؛ لأنه في حكم الإنشاء، فلا يصح إلا في الحي والميت.

ولو مات المولى قبل البيان عتق كل واحد نصفه ولا خيار للوارث؛ لأن خيار التعيين يعرف في اللفظ، والوارث لا يقوم مقامه فيما يرجع إلى التصرف في اللفظ." (١)

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٤/٣٣

"المعتق؛ لأنه تعذر معرفة ما وقع فيه الدعوى بالمعاينة فيعتبر الدعوة والإنكار، فالساكت يدعي زيادة على المعتق، والمعتق ينكر.

والوجه الثاني: إذا اتفقا على أن الإعتاق كان قبل هذا الوقت بأيام، واختلفا في مقدار قيمته يوم الإعتاق ذكر شيخ الإسلام في «شرحه» : أن القول قول المعتق، سواء كان العبد قائما أو هالكا. فإن كان هالكا فلا **إشكال**، وإن كان قائما؛ لأن قيمة الشيء فيما يزداد، وينتقص بمضي الوقت فلا يمكن بحكم الحال فتعتبر الدعوى والإنكار.

قال محمد رحمه الله: وكتبت في «شرح السير» : إذا كانت المدة من وقت الإعتاق قريبة ننظر إلى حال العبد، فنعرف قيمته من حاله، وإن كانت المدة بعيدة فالقول قول المعتق ولا نحكم الحال؛ لأن المعتبر في المدة القريبة ليس بظاهر، فيمكن بحكم الحال، والمعتبر في المدة البعيدة ظاهر فلا يمكن بحكم الحال، فنجعل القول قول المعتق لإنكاره الزيادة.

الوجه الثالث: إذا اختلفا في وقت الإعتاق وفي قيمته فقال المعتق: أعتقته قبل هذا بسنة، وكان قيمته يوم أعتقته مائة، وقال الساكت: لا بل أعتقته في الحال وقيمته في الحال ألف درهم، فهذا وما لو تصادقا أن العتق حصل في الحال سواء؛ لأن العتق حادث فيحل حدوثه على أقرب ما ظهر، فالذي بدأ الحدوث في الحال فيمسك بالأصل، فيجعل القول قوله، فصار كأن العتق ثبت بتصادقهما في الحال. **والجواب** فيما إذا وقع الاختلاف في حال المعتق يوم الإعتاق في اليسار والعسار بظهور **الجواب** فيما إذا وقع الاختلاف في قيمة العبد، هكذا ذكر شيخ الإسلام في «شرحه» في «المنتقى» أنه ينظر إلى حالة المعتق يوم الخصومة، فإن كان موسرا ضمن وإن كان معسرا سعى العبد. وكتبت في «السير» : إذا كانت المدة قريبة بحكم الحال، وإن كانت بعيدة يجعل القول قول المعتق؛ لأنه ينكر حق الرجوع عليه بالتضمين، **والجواب** فيما إذا وقع الاختلاف بين الساكت والعبد في قيمة العبد أيضا يظهر **الجواب** فيما إذا وقع الاختلاف بين الساكت والمعتق في قيمة العبد. هكذا ذكر شيخ الإسلام أيضا.

ومن جملة ذلك: إذا صالح الساكت مع المعتق، وإنه على وجهين: أما إن صالح على أقل من نصف قيمة العبد ودراهم أو دنانير فإنه جائز.

فرق بين التصالح وبين البيع فإن الساكت لو قال للعبد: بعت مالي عليك من نصف القيمة بأقل من نصف القيمة، فإن ذلك لا يجوز. والفرق: وهو أن الصلح في موضوعه لاستيفاء بعض الحق وإسقاط البعض، فإذا كان بلفظة الصلح أمكن تجويزه بطريق استيفاء بعض الحق وإسقاط البعض إن تعذر تجويزه بطريق المعاوضة، فأما البيع معاوضة من كل وجه وليس فيه معنى الإسقاط بعض الحق واستيفاء البعض، فإذا كان بلفظة البيع لا يمكن تجويزه إسقاطا واستيفاء تعذر تجويزه معاوضة لمكان.....، فبطل ضرورة.

الوجه الثاني: إذا صالح على أكثر من نصف قيمة العبد دراهم أو دنانير وإنه على وجهين: إن كانت الزيادة بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز، وإن كانت الزيادة بحيث لا يتغابن الناس في مثلها فالزيادة على نصف القيمة باطلة، فقد أبطل الفضل

وما صالح الصلح على قدر نصف قيمة العبدين.

فرق بين هذا وبينما إذا حصل هذا بلفظ البيع، فكان البيع يبطل في الأصل والزيادة جميعا. والفرق: أن البيع لغة ينبيء عن المعاوضة، والمعاوضة إذا تمكن فيها الربا أبطل كلها بخلاف الصلح؛ لأن في الصلح معنى استيفاء بعض الحق ومعنى المعاوضة، ففي." (١)

"على الأداء ثابته من جهة صاحبه، فكذلك هذا.

فإن عاد هذا الذي رد في العتق ليثبت عجزه، وجاء الآخر واستسعاه المولى في نجم أو نجمين منجز، فأراد أن يرده القاضي، فليس له ذلك، وذلك لأن رد الأول لم يصح، لأن عجزه لم يثبت من حيث الاعتبار، فبقي قادرا، وإذا بقي الأول قادرا لم يثبت عجزه؛ لأن قدرة الأول قدرة هذا، فما لم يعجزا معا لا يثبت عجز.

ولو ان رجلين كاتبا عبدا مكاتبة واحد، ة فغاب أحدهما وقدم الشاهد العبد إلى القاضي وقد عجز لا يرده في الرق حتى يجتمع المولیان جميعا، وهذا **الجواب** على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يشكل؛ لأن فسخ الكتابة في نصيب الشاهد دون نصيب الغائب غير ممكن على مذهبنا؛ لأن الكتابة عندهما لا تتجزأ ثبوتا فكذا لا تتجزأ بقاء، وإذا لم يكن فسخ الكتابة في نصيبه إلا بعد الفسخ في نصيب صاحبه، والفسخ في نصيب الغائب متعذر حال غيبته لأن لا ولاية للحاضر على صاحبه تعذر الفسخ في نصيب الحاضر.

وإنما لا **إشكال** على قول أبي حنيفة رحمه الله لأن الكتابة على قول أبي حنيفة رحمه الله تتجزأ ثبوتا فتتجزأ بقاء، فيمكن فسخ الكتابة في نصيب الشاهد مع بقاء الكتابة في نصيب الغائب، فكان يجب أن يفسخ الكتابة في نصيبه، إذ ليس في هذا فسخ عقدعلى صاحبه وفسخ العقد في نصيبه مقيد، لأن ما اكتسب بعد هذا يكون النصف له، هذا قال: لا يصح لأن فسخ العقد في نصيب الشاهد فسخ عقد على الغائب من وجه، لأن كتابة الحاضر نصيبه ما يؤثر في نصيب الآخر حتى يمتنع بيعه، وإذا كان مؤثرأ في نصيبه وقد حصل ذلك التأثير برضاه جعل كالكاتب من جهته، وإذا صار كالثابت من جهة متى فسخ العقد في نصيبه صار فاسخا على صاحبه قدر ما انعقد لصاحبه من وجه، كما لا يكون له فسخ عقد على صاحبه إذا اثبت العقد من جهة صاحبه من كل وجه، فكذا لك لا يجوز له فسخ عقد ثبت لصاحبه من وجه دون وجه.

وهذا بخلاف رجلين لكل واحد منهما عبد على حدة، كاتباهما كتابة واحدة ثم عجز أحدهما كان لمولاة أن يفسخ الكتابة فيه، وإن كان مولى الآخر غائبا قال: لا يفسخ، وذلك لأن الشاهد من مسألة العبدين لم يصر فاسخا على صاحبه شئيا؛ لأن كتابة عبده لا يورث في عبد صاحبه حتى لا يمنع على صاحبه بيع عبده وإذا لم يؤثر في عبد صاحبه لم يصر فاسخا على صاحبه شئيا، فآما هاهنا كتابة هذا الشاهد أثر في نصيب صاحبه، وقد حصل هذا الثابت بإذن صاحبه، فيصير

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٤٣/٤

منقولا إليه من وجه، فيصير ذلك القدر ثابتا من جهة صاحبه.

وإذ كان لرجل عبد وقد كاتبه فمات المولى وترك ورثة، فأراد بعضهم أن يرد المكاتبة قبل أن يجتمعوا جميعا، قال: له ذلك.

فرق بين هذا وبين أحد الشريكين في كتابه العبد إذا أراد أن يفسخ الكتابة حالة غيبة صاحبه ليس له ذلك. والفرق أن الكتابة ههنا حصلت من الميت، وكل واحد من الورثة." (١)

"فأما فيما عدا هذا الحكم **فالجواب** فيه **كالجواب** فيما إذا أذن بكتابة نصيبه ولم يأذن له بالقبض.

قال محمد رحمه الله في «الأصل» : وإذا كاتب أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه لم يكن لشريكه أن يتبع نصيبه على ما ذكرنا، فإن كاتب الساكت نصيبه بعد ذلك جاز وهذا عندهما جميعا، على قول أبي حنيفة رحمه الله: فلا **إشكال**؛ لأن الكتابة تتجزأ عنده فلم يصر نصيب الساكت مكاتبا أصلا، وإذا لم يصر نصيبه مكاتبا صار الحال في حق الساكت بعد كتابة المكاتب كالحال قبل الكتابة وقبل كتابة المكاتب الآخر (له) أن يكاتبه فكذلك هذا، وعلى قولهما: فلما ذكرنا أن نصيب الساكت لم يصر مكاتبا في حق الساكت بل اعتبر نصيبه مأذونا له وإذا كان نصيب الساكت مأذونا في حق الساكت لا مكاتبا كان له أن يكاتب نصيبه فيصير العبد مكاتبا بينها كل نصف منه صار مكاتبا بكتابة على حدة من أحدهما متى أدى إلى أحدهما حصته فإنه يعتق، ثم إذا كاتب الساكت نصيبه لا يكون للمكاتب الأول فسخ الكتابة في نصيبه، وذلك لأن الساكت بكتابة نصيبه جعل متصرفا في خالص ملكه.

ولم يلحق بالمكاتب الأول ضررا فإن ضرر الكتابة من أحد الشريكين امتناع البيع على الآخر، وكان هذا الضرر ثابتا على الأول بكتابة نفسه، وتصرف الإنسان لا يكون لأحد حق الفسخ عليه فكان كتابة الساكت ولم يلحق لشريكه ضررا بمنزلة البيع في هذه الحالة، وإن أذن لشريكه بالكتابة في نصيبه وبقبض المكاتبة فأدى العبد إلى المكاتب شيئا ثم نهاه عن القبض كان له ذلك؛ فإن أذن له بأن يقضي ما عليه من بدل الكتابة من ماله فإن نصف كسبه له، فإذا بدا له أن يمنعه من القضاء كان له ذلك لمن قال لمودعه: اقض الدين الذي عليك من وديعتي فأدى من ذلك شيئا ثم نهاه عن الباقي كان له ذلك؛ لأن الإذن بالقضاء (٣٥٠ب١) تبرع وإنما يتم هذا التبرع بالقضاء قبيل القضاء هو غير تام وللمتبرع أن يرجع عما تبرع به قبل التمام، وإن كاتب أحدهما نصفه بغير إذن شريكه وشريكه لا يعلمه ثم إن المكاتب منهما أذن للآخر في كتابة نصيبه فكاتبه ثم علم الثاني بكتابة الأول فأراد الثاني أن يفسخ كتابة الأول ليس له ذلك؛ لأن حق الفسخ للثاني إنما يثبت دفعا للضرر عن نفسه، والضرر ههنا لا ينبغي بالفسخ فلا يعتد الفسخ بموته، فلا يثبت له حق الفسخ، وإذا لم يثبت له حق الفسخ صار نصيب كل واحد منهما مكاتبا بكتابة على حدة؛ لأن كل واحد منهما كاتب نصيبه بكتابة على حدة.

فإن أخذ أحدهما في العبد شيئا لا يكون للآخر أن يشاركه إلا فيما دفع إلى الأول قبل كتابة الثاني؛ لأن ما دفع الأول قبل كتابة الثاني كسب عبد نصفه مكاتب ونصفه مأذون، فأما ما دفع بعد كتابة الثاني صار الكل مكاتبا فهذا كسب عبد هو

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ١٠٦/٤

مكاتب كله فلا يكون للآخر أن يشاركه بحكم أنه كسب عبده ولا بحكم الكتابة؛ لأن نصيب كل واحد منهما صار مكاتبا بكتابة على حدة، فيعتبر بما لو باع كل واحد منهما نصيبه ببيع على حدة وقبض الثمن، وهناك لا يكون للآخر أن يشاركه فكذلك هذا، وإذا أدى حصة أحدهما." (١)

"وقد حصلت الحرية بسبب آخر فتسقط الوسيلة فيسقط بدل الكتابة وفيه نوع **إشكال** فينبغي أن لا يسقط لأن هذا المعقود عليه عقد كتابة وصل إليها، ولهذا عتق أولادها معها وسلم لها أكسابها، فوجب أن يتأكد ما وجب عليها بالكتابة كما في سائر المعاوضات، **والجواب** أن الكتابة عقد معاوضة من وجه، وتعليق عتق بالأداء من وجه، فاعتبار معنى المعاوضة يوجب تأكد العمل لما وصل إليها ما هو المعقود عليه عقد الكتابة، واعتبار معنى التعليق بالشرط يوجب الانقسام متى وجد العتق قبل الأداء، إلا أن المعلق بالشرط متى وجد قبل الشرط ينفسخ التعليق، والعمل بالاعتبارين جميعا في حقهما متعذر فاعتبر نابه المعاوضة في حق أم الولد حتى لا يبطل حقها في أولادها وأكسابها وأمرها من جهة المولى ونسبة التعليق في حق المولى، فقسمنا الكتابة بالإعتاق في حق المولى لأن الفسخ جاء من جهته ليكون عملا بالشبهين بقدر الإمكان.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» في مكاتب أدى إلى مولاه من الصدقات التي أخذها من الناس ثم عجز وصار ذلك للمولى فهو طيب للمولى، واختلفت عبارة المشايخ رحمهم الله في تخريج المسألة، بعضهم قالوا لأنه تبدل الملك فإن الصدقة كانت ملكا للمكاتب يدا وتصرفا ولم يكن ملك المولى ظاهرا فيه، وبالأداء صارت للمولى فيه يد الملك وبدل الملك بمنزلة تبدل العين فصار كعين آخر.

والأصل في ذلك ما روي أن بريرة كانت تهدي إلى الرسول صلى الله عليه وسلموهي مكاتبة ما كان يتصدق به عليها، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلميقبل هديتها ويأكل وكان يقول «لها هي صدقة ولنا هدية» فقد جعل تبدل الملك بمنزلة تبدل العين فعلى قول هذا التعليل إذا أباح الفقير.... غير ما أخذ من مال الزكاة من الطعام لا يحل له لأن الملك لم يتبدل حتى يجعل ذلك بمنزلة تبدل العين.

وبعضهم قالوا: لأن الصدقة حين وقعت لا..... فصحت، فصارت لله تعالى، لأن الصدقة إخراج المال إلى الله تعالى على ما عرف من موضعه ثم صارت ملكا للفقير من الله تعالى قضاء لحقه بالرزق الموعود، وإذا صارت ملكا للفقير من الله تعالى يرزقه تجدد للفقير سبب ملك بعد ما صارت صدقة، وصارت لله تعالى فأخص ذلك تبدل العين حكما.

فعلى فرد هذا التعليل: الفقر إذا أباح للمعين عين ما أخذ من مال الزكاة من الطعام يحل؛ لأنه تبدل العين حكما، وإليه مال الشيخ الإمام الأجل شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله، هذا إذا عجز المكاتب بعد ما أدى ما أخذ من الصدقات إلى المولى.

وأما إذا عجز والصدقات قائمة في يد المكاتب لم يردها إلى المولى هل يحل." (٢)

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ١٤٩/٤

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ١٧١/٤

"يقدر على أكله الواحد لا يقع الطلاق عليهن إذا أكلن فأما إذا كانت الخشبة ثقيلة لا يقدر الواحد على حملها، فالنكرة صارت موصوفة بحمل بعض الخشبة؛ لأن العمل بحقيقة اسم الخشبة متعذر؛ لأن حمل جميع الخشبة في هذه الصورة لا يتأتى من الواحد فيعمل بمجازه ويجعل شرط الحنث في حق كل واحد منهم حمل بعض الخشبة؛ لأنه ذكر الكل، وإرادة البعض بطريق المجاز جائز وصار البعض كالمصرح به كأنه قال: أيكم حمل بعض هذه الخشبة فهو حر فإذا حملوها وقد وجد من كل واحد حمل (١٣٦٧أ) البعض فعتقوا.

وهو نظير ما لو قال لعبيده: أيكم يشرب ماء هذا البحر فهو حر فشرب كل واحد منهم قطرة عتقوا؛ لأن شرب جميع ماء البحر من كل واحد غير متصور العمل بحقيقة هذا الكلام فيعمل بمجازه.

ثم إن محمدا رحمه الله يقول في «الكتاب» : إذا كانت الخشبة ثقيلة يقدر على حملها اثنان فحملوها جملة عتقوا؛ لأن الشرط في هذه الصورة حمل بعض الخشبة والبعض من حيث إنه بعض لا يفصل فيه بين قدر وقدر ونقول أيضا: إذا كانت الخشبة خفيفة يقدر الواحد على حملها إذا حملها واحد عتق وإذا حملها واحد بعد واحد عتقوا، وفيه نوع **إشكال**؛ لأن هذا اللفظ إن (كان خاصا) ينبغي أنه إذا حمل الواحد وحكم بعتقه لو حملها آخر بعد ذلك أنه لا يعتق، وإن كان عاما ينبغي أن لا يعتق واحد منهم ما لم يحملوها جميعا واحد بعد واحد كما لو قال: إن حملهم هذه الخشبة فأنتم أحرار **والجواب**: هذا اللفظ خاص بصورته عام معنى فإذا حمل الواحد عتق عملا بخصوص اللفظ صورة وإذا حمل واحد بعد واحد عتقوا عملا بالعموم بخلاف قوله إن حملتم هذه الخشبة لأنه عام لفظا ومعنى فما لم يحملوها لم يعتقوا أما ههنا بخلافه.

ولو قال: إن تغديت برغيفين فعبدي حر فتغدى اليوم برغيف والغد برغيف القياس: أن يحنث عملا بإطلاق اللفظة كما في المعنيين بأن قال: إن تغديت بهذين الرغيفين وهناك: إن تغدى اليوم بإحدى الرغيفين والغد بالرغيف الآخر يحنث في يمينه وفي الاستحسان لا يحنث في يمينه بمكان العرف فإن الإنسان يستحي من بعد أن يقول ما تغديت برغيفين في عمري وإن تغدى بأرغفة كثيرة في أيام متفرقة ولا يعد كاذبا ومثل هذا الفرق لم يوجد في المعنيين فيعمل فيه بإطلاق اللفظ، فإن نوى التفرق في هذا كان كما نوى؛ لأنه نوى حقيقة كلامه وفيه تغليظ عليه.

ولو قال: إن أكلت رغيفين أو قال: إن أكلت هذين الرغيفين فعبدي حر فأكلهما معا أو متفرقا حنث في يمينه قياسا أو استحسانا، فعلى **جواب** الاستحسان يحتاج إلى الفرق بين التغدي والأكل في غير المعنيين.

والفرق: أن التقيد بالاجتماع في غير المعنيين في فصل بالعرف ولم يوجد مثل ذلك العرف في المعنيين في فعل الأكل بل العرف في فعل والأكل بخلافه فإن الإنسان لا يستحي من نفسه أن يقول ما أكلت رغيفين منذ خلقت إذا أكلهما متفرقا يعمل بإطلاق اللفظ.." (١)

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٢٢٩/٤

"عنه حتى ينص أنه أهدى لا لأجل الدين، ومحمد رحمه الله لم ير به بأسا بلا تفصيل.

جئنا إلى فصل الدعوة، قال محمد رحمه الله: ولا بأس بأن يجيب دعوة رجل له عليه دين، قال شيخ الإسلام: هذا هو **جواب** الحكم، فأما الأفضل أن يتورع عن الإجابة إذا علم أنه لأجل الدين، أو أشكل عليه الحال؛ قال شمس الأئمة الحلواني: حالة **الإشكال**؛ إنما يتورع إذا كان يدعوه قبل الإقراض في كل عشرين يوما بعد الإقراض جعل يدعوه في كل عشرة أيام، أو زاد في ... أما إذا كان يدعوه بعد الإقراض في كل عشرين كما كان يدعوه قبل الإقراض، ولا يزيد في ... فلا يتورع إلا إذا نص أنه أضاف لأجل الدين، فإن كان لا يدعوه قبل الإقراض أصلا، وجعل يدعوه بعد الإقراض يتورع إلا إذا نص أنه أضافه لا لأجل الدين، وههنا زيادة تفريع سيأتي في كتاب أدب القاضي إن شاء الله تعالى.

وأما هدايا الأمراء في زماننا؛ حكي (عن) الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل أنه سئل عن هدايا الأمراء في زماننا قال: ترد على إبانها والشيخ الإمام الزاهد أبو بكر محمد بن حامد سئل عن هذا، فقال: يوضع في بيت المال، وهكذا ذكر محمد في «السير الكبير» فذكر ذلك الشيخ الإمام الجليل محمد بن الفضل، فقال: كنت أعلم أن المذهب هذا؛ إلا أني لم أجب به مخافة أن يوضع في بيت المال، ثم الأمراء يصرفونها إلى شهواتهم ولهوهم، فقد علمنا أنهم إنما يمسكون (٩٤ب٢) بيت المال لشهواتهم؛ لا لجماعة المسلمين، وعن عمر رضي الله عنه أنه كان يمنع عماله عن قبول الهدايا، وإذا قبلوها ردوهاعلى أصحابها إن قدروا عليهم، وإن لم يقدروا عليهم وضعوها في بيت المال.

واختلفت الصحابة ومن بعدهم في جواز قبول الهدية من أمراء الجور، فكان ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم يقبلان هدية المختار، وعن إبراهيم النخعي: أنه كان يجوز ذلك، وأبو ذر وأبو درداء كانا لا يجوزان ذلك، وعن علي رضي الله عنه: أن السلطان يصيب من الحلال والحرام، فإذا أعطاك شيئا فخذه، فإن ما يعطيك حلال لك، وحاصل المذهب فيه أنه إن كان أكثر ماله من الرشوة والحرام لم يحل قبول الجائزة منه ما لم يعلم أن ذلك له من وجه حلال، وإن كان صاحب تجارة وزرع وأكثر ماله من ذلك، فلا بأس بقبول الجائزة ما لم يعلم أن ذلك له من وجه حرام، وفي قبول رسول الله عليه السلام الهدية من بعض المشركين دليل على ما قلنا.

وفي «عيون المسائل» : رجل أهدى إلى إنسان أو أضافه إن كان غالب ماله من حرام لا ينبغي أن يقبل و يأكل من طعامه ما لم يخبر أن ذلك المال حلال استقرضه أو ورثه، وإن كان غالب ماله من حلال فلا بأس بأن يقبل ما لم يتبين له أن ذلك من الحرام؛ وهذا لأن أموال الناس لا تخلو عن قليل حرام وتخلو عن كثيره، فيعتبر الغالب ويبنى الحكم عليه.r." (١)

"الأول قيمتها ابتداء بالغصب، وتصير الجارية مملوكة للغاصب الأول من جهة المالك، ثم تصير للغاصب الثاني من جعة الغاصب الأول.

وإن كانت قيمة الجارية يوم الغصب الأول ألف درهم، ويوم الغصب الثاني ألفي درهم، ثم انفقت من يد الثاني، وأخذ الأول

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٣٦٧/٥

من الثاني ألفي درهم، وهلكت في يد الأول؛ لم يكن للمالك أن يضمن الأول ألفي درهم؛ لأن أخذ الألفين قيمة الزيادة المتصلة؛ الحادثة في يد الغاصب، وإنها أمانة عندنا في يد الغاصب، فكذلك ما قام مقامها.

ألا ترى أن الجارية إن كانت حاضرة فاستردها؛ كان الفضل على الألف أمانة عنده، فكذلك إذا أخذ الألف القيمة، فلهذا لا يضمن الفضل، وإنما يضمن قيمتها يوم الغصب ألف درهم، ولو أن المولى حضر والقيمة في يد الغاصب الأول قائمة على حالها، وقد ظهرت الجارية، فالمالك بالخيار؛ إن شاء أخذ جاريته حيث ما وجدت، وإن شاء أخذ القيمة التي أخذها الغاصب الأول من الثاني، وإن شاء ضمن الغاصب الأول قيمتها يوم الغصب، وهذا مشكل من وجهين:

أحدهما: أنه جعل للغاصب الأول سبيلا من تضمين الثاني، ولم يجعله سبيلا من تمليك الجارية حتى قال: إن للمولى ولاية أخذ الجارية متى ظهرت، وإن كان الملك ثبت في المضمون ضرورة الاستيفاء.

والثاني: هو أنه جعل للمولى حق تضمين الغاصب الأول بعد ظهور الجارية، والصورة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف.

والجواب عن **الإشكال** الأول أن نقول بأن الغاصب الأول ليس بنائب عن المالك في التضمين حتى يصير نائبا عنه في تمليك الجارية من الثاني، وكيف يكون نائبا عنه، وإنه فوت عليه اليد كلا إنما كان للأول تضمين الثاني ليتمكن من إقامة ما عليه من الرد، والاستيفاء من ضرورات الرد؛ أما التمليك ليس من ضروراته كما في المدبر؛ إلا أن عند عدم الوقوف لمكان الجارية الحالة حالة الاستيفاء لا غير، وهو السبيل من ذلك أما بعدما ظهرت الجارية الحالة حالة الاستيفاء، وحال تملك الجارية، وهو منقول من الاستيفاء؛ أما ما ليس بسبيل من تملك الجارية، فكان بمنزلة الفضولي فتوقف على إجازة المالك، فإن أجاز أخذ القيمة، وإن رد كان حقه في استرداد الجارية؛ عرف مكانها لا أنها وصلت إلى مكانها.

قلنا: والمعرفة بمكان الجارية لا تمنع المصير إلى القيمة، فإن اختار المولى أخذ الجارية رجع الغاصب الثاني على الغاصب الأول بالقيمة التي أخذها؛ لأن المعوض استحق من يده، فإن كانت القيمة هلكت في يد الأول ضمن الغاصب الأول ذلك للغاصب الثاني؛ لأن للأول أخذ القيمة بدلا عن المعوض، فيكون مضمونا عليه؛ كالثمن على البائع، ولا يرجع الغاصب الأول بذلك على المغصوب منه؛ لأن الغاصب الأول ليس بوكيل عن المالك أصلا، والرجوع بالعهدة حكم الوكالة، وإن كان أخذ المولى من." (١)

"الأرض موقوفة أو الدار على الصفة التي وقفها المالك ولا ينقص لأنها بصفتها صارت غلتها مستحقة الصرف إلى الفقراء، فأما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة للفقراء، فلا يجوز صرف غلة مستحقة إلى جهة غير مستحقة، والدليل عليه أن المتولي لو أراد أن يشتري بالغلة دارا أخرى أو أرضا أخرى ليضمها إلى الأول، فيستغلها للفقراء ليس له ذلك، فأما بناء البيوت للغلة في أرض الوقف فليس ذلك من باب الزيادة إنما ذلك تبديل جهة الاستغلال إلى جهة خير من الأولى، فأما المستغل واحد والجهتان فيه مختلفان، فكان ذلك بمنزلة أصل العمارة لا بمنزلة الزيادة ولكن **الإشكال**

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٥١٨/٥

قائم، فإنه لا ضرورة في صرف الغلة إلى تبديل جهة الاستغلال كما لا ضرورة في الزيادة ههنا.

قال: فإن احتاج الوقف إلى العمارة في مسألتنا فلأن الذي شرط له الغلة ما عاش إما للأول، وأما الثاني إلى العمارة فإنه لا يجبر على العمارة لأن في العمارة إتلاف ماله ولكن لو أجر هذا الوقف من غيره بقدر ما ينفق من غلتها في العمارة، فإذا حصلت العمارة تصرف الغلة إليه وهذا لأنه لابد من العمارة كما مر، ويقدر خبرة هذا الرجل على العمارة، فحصلت العمارة في الغلة كما في باب الفقراء، وهذا الذي ذكرنا أنه لو أجر الدار من ماله وأبى البعض قال: من أراد العمارة عمر بحصته ومن أخر حصته وصرفت غلته إلى العمارة إلى أن يحصل العمارة ثم يعاد إليه، ويعتبر لكل بعض حكم نفسه فإن كان الواقف حين شرط الغلة لفلان ماعاش بشرطه على فلان مرمتها وإصلاحها فيها كأن لا بد لها منه فالوقف جائز مع هذا الشرط لأن هذا الشرط يقتضيه مطلق العقد، وإنما أورد المسألة بهذا الشرط لنوع **أشكال** أنه لما شرط له السكنى وشرط عليه المرمة كان بمنزلة الإجارة والأجرة مجهولة فينبغي أن يفسد، **والجواب** أن مع اشتراط المرمة عليه لا يصير إجارة؛ لأن المرمة لا تصير مستحقة عليه بالشرط، فصار وجود هذا الشرط والعدم بمنزلة، فإن خربت الدار الموقوفة ورمها الذي شرط له السكنى من ماله ثم مات فالبناء (٨ب٣) ميراث لورثته (فيقال لهم) ارفعوا بناءكم، فإن رفعوه ... له أن ملكوه الوقوف عليه بعد ذلك بالقيمة جاز بتراضيهم؛ لأن تمليك مال بمال بالتراضي، وإن أبى أحد الفريقين ذلك لا يجبر عليه؛ لأن الإنسان لا يجبر على البيع والشراء. ونظيره: من غصب ساحة وبنى عليها ثم مات وهناك **الجواب** كما قلنا فكذا في الوقف، فإن كان المشروط له السكنى أدار حيطان الدار الموقوفة بالآجر وجصصها أو أدخل فيها..... ثم مات ولا يمكن نزع شيء من ذلك إلا بضرر بالبناء، فليس لورثته أخذ شيء من ذلك صيانة لبناء الدار الموقوفة، ولكن يقال للمشروط له السكنى بعده اضمن لورثة الميت قيمة البناء ولك السكنى، فإن أبى أوخرب

الدار فصرفت الغلة إلى ورثة الميت فقدر قيمة البناء، فإذا توفر عليه ذلك أعيدت السكنى إلى من له السكنى.

واستشهد في «الكتاب» لإيضاح ما ذكرنا بمسألة فقال: ألا ترى أن من عمر دارا." (١)

"ينتصب خصما عن الغائب وفي المسألة نوع **إشكال** وينبغي أن يقضي بوقفية الضيعة التي في يد الحاضر في الوجهين جميعا؛ لأنه ألحق هذا بآخذ الورثة.

وذكر في «الجامع» أن أحد الورثة إنما ينتصب خصما عن الباقين للمدعي في غير في يد ذلك الوارث، حتى أن من ادعى عينا في تركة الميت وأحضر وارثا واحدا ليس العين المدعى في يده، وأقام بينة على دعواه لا تسمع بينته، وفي مسألتنا هذه إحدى الضيعتين في يد الغائب فكيف يقضي بوقفتيهما على الحاضر؟ وعلى قول من يقول بجواز القضاء بوقفية الضيعتين شرط ذكر حدود الضيعة التي في يد الغائب.

ادعى كرما في يدي رجل وأقر المدعى عليه أنه وقف الكرم وقفا صحيحا بشرائطه للمدعي بينة، وأراد تحليف المدعى عليه

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ١٣٨/٦

إن أراد تحليفه ليأخذ الكرم لو نكل عن اليمين لايحلف؛ لأنه لا يصل إلى ذلك فلا يكون في التحليف فائدة وإن أراد أن يأخذ القيمة لو نكل عن اليمين يحلف؛ لأنه يصل إليه لو نكل ففي التحليف فائدة.
رجل وقف ضيعة له على الفقراء في صحته ثم مات فجاء إنسان وادعى أن الضيعة له وأقر الورثة بذلك لم يبطل الوقف؛ لأن إقرارهم في حق بطلان الوقف غير صحيح ويضمنون قيمة الضيعة من تركة الميت، وهذا **الجواب** يجب أن يكون قول الكل لا قول محمد خاصة؛ لأنه لا خلاف في ضمان الضيعة بالإتلاف، وإنما الخلاف في وجوب الضمان بالغصب وهذا إتلاف وليس بغصب، وإن أنكر الورثة ذلك فأراد المدعي أن يحلفهم يقال له: تريد تحليفهم لتأخذ الضيعة إن نكلوا أو ليأخذوا القيمة إن نكلوا، فإن قال لآخذ الضيعة فلا يمين له عليهم؛ لأنه لا يصل إلى الضيعة إن نكلوا لما ذكرنا في فصل الإقرار، وإن قال: لآخذ القيمة فله عليهم اليمين؛ لأنه يصل إلى القيمة إن نكلوا فكان التحليف مقيدا.

في «فتاوى الفضل» بيت فوقه بيت وهو متصل بالمسجد يتصل صف المسجد نصف البيت الأسفل ويصلي في البيت الأسفل في الصيف والشتاء، اختلف أهل المسجد وأرباب البيت الذي يسكنون العلو قال الأرباب: إن ذلك ميراث لنا فالقول قولهم؛ لأن العلو في أيديهم والقول قول صاحب اليد فثبت بقولهم أن العلو ملك لهم لا يصير السفل مسجد؛ لأنه لا يتحقق الشرط وهو الخلوص وسيأتي جنس هذه المسألة في موضعه إن شاء الله تعالى.

نوع منه فى المسائل التي تعود إلى الشهادة والوقف
إذا شهد شاهدان على رجل أنه وقف أرضه ولم يحدها الشاهدان فالشهادة باطلة، وكذلك إن حدها أحدهما دون الآخر كانت الشهادة باطلة، وكذلك لو شهدا أنه وقف أرضه التي في موضع كذا لو قالا: لم يحدها لنا فالشهادة باطلة قال الخصاف: إلا أن تكون أرضا مشهورة يعني شهرتها عن تحديدها، فإن كان كذلك قضيت بأنها وقف، وإن حداها بحدين فالمشهور عن أصحابنا أنه لا تقبل ومن أصحابنا من قال: إذا ذكر حدين متقابلين." (١)
"ذكر الصدر الشهيد رحمه الله في «واقعاته» : أن من جعل جنازة وملأة ومغتسلا الذي يقال بالفارسية: حوض مسين وقفا في محلة، فمات أهلها كلها لا يرد إلى الورثة بل يحمل إلى مكان آخر، قال رحمه الله: فرق محمد رحمه الله بين هذا وبين المسجد إذا خرب ما حوله أن يصير ميراثا، وفي هذه الفصول نوع **إشكال**، وينبغي أن يعود إلى الوارث على قياس مسألة الحصير والبواري، وإن صح هذا من محمد تصير هذه المسائل رواية في الحصير والبواري أنه لا يعود إلى الوارث.
في «المنتقى» : في مسجد يريد أهل المحلة أن يحولوه إلى موضع آخر، فإن ترك هذا حتى لا يصلى فيه، فللناس أن ينتفعوا به ويجعلون المسجد في غير هذا الموضع بمنزلة الخراب، وتأويل هذا إذا لم يعرف للمسجد بان على ما نبينه إن شاء الله، فأما إذا لم يترك كما وصفت لك، فإنه لا يبيعونه ولا يتخذونه مسكنا، وهذه المسألة على هذا التفصيل إنما تتأتى على قول محمد.

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ١٩٨/٦

وفي «الأجناس» : إذا خرب المسجد ولا يعرف بانيه وبنى أهل المسجد مسجدا آخر ثم أجمعوا على بيعه واستعانوا بثمنه في ثمن المسجد الآخر فلا بأس به. قال أبو العباس الناطفي في «الأجناس» : فقياسه في وقف هذا المسجد أنه يجوز صرفه إلى عمارة مسجد آخر إذا لم يعرف الواقف ولا وارثه، فأما إذا عرف للمسجد بان فليس لأهل المسجد أن يبيعوه؛ لأنه لما خرب ووقع الاستغناء عنه عاد إلى ملك بانيه أو ورثته، فلا يكون لأهله أن يبيعوه وما ذكر من **الجواب**، أما لم يعرف بانيه قول محمد لا قول أبي يوسف هو مسجد أبدا، فلا يكون لأهل المسجد أن يبيعوه، وعن أبي سلمة السهمي، قال محمد: في مسجد إذا خرب فلا يعرف بانيه فحكمه حكم الأرض عامرة لا يعرف لها رب، فيكون أمرها إلى الإمام.

قال أبو العباس الناطفي في «الأجناس» : اختلفت الروايات في تولية بيع المسجد والأوقاف إذا خرب ذكر في «نوادر هشام» في باب الوصايا في الوقف إذا صار بحيث لا ينتفع به المساكين، فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه آخر، ولا يجوز بيعه إلا للقاضي في قول محمد.

وفي «جامع الكيساني» : إذا جعلت امرأة مصحفا حبيسا في سبيل الله وتحرق المصحف وبقيت الفضة التي عليه دفع ذلك إلى القاضي حتى يبيعه ويشتري مصحفا مستقبلا، فيجعله حبيسا، ولو جعل فرسا حبيسا في سبيل الله فأصابه عيب لا يقدر على أن يغزو عليه لا بأس للوكيل أن يبيعه يريد به القيم ثم يشتري بثمنه فرسا آخر يغزو عليه، وبيع الوكيل جائز في ذلك بغير أمر القاضي، وهو بمنزلة المسجد إذا خربت القرية كان لصاحبه أن يأخذه ويبيعه.

فرع على مسألة المصحف

لو صار المصحف لا يعطي ثمنه مصحفا يرد ذلك على الورثة، فاقتسموا على فرائض الله تعالى قال الكسائي: وهو قول أبي يوسف ومحمد. وفي وصايا «الإملاء»." (١)

"صحيحة؛ لأن الصحة أصل، ويكون إقرارا بقبض الموهوب له؛ لأن قبض الموهوب له بمنزلة الركن والإقرار بالركن، وذكر في «العيون» : أن من قال لآخر: وهبت لي ألف درهم ثم قال بعد ما سكت: لم أقبضها فالقول قوله؛ لأن الهبة هبة بدون القبض، والإقرار بالهبة لا يكون إقرارا بالقبض، وهذا الذي ذكر في «العيون» أشبه بالفقه وأقرب إلى ما ذكر في أيمان «الجامع» في «فتاوي سمرقند» بأن عبد بين رجلين وهب أحدهما شيئا لهذا العبد فهذا على وجهين:

إن كان الموهوب شيئا يحتمل القسمة لا تصح الهبة أصلا، لما لم تصح في نصيب الواهب حصل في نصيب غير الواهب مشاع يحتمل القسمة، وفي الوجه الثاني: يصح في نصيب صاحبه؛ لأن حصل مشاعا لايحتمل القسمة، اشترى من آخر دارا ووهبها من غيره لم يجز في قول أبي يوسف، وعند محمد: يجوز. فرق بين الهبة وبين الإجارة والبيع. في القدورى في كتاب البيوع في «الأصل» : وإذا وهب جاريتين فولدت إحداهما فعوضه الولد عنهما لم يكن له أن يرجع في واحد منهما؛ لأنه عوضه ملك نفسه، ولم يرد عليه الهبة أصلا.

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٦/٢٠٩

وفيه: وهب لمكاتب هبة ثم أراد أن يرجع فيها فله ذلك، وفيه نوع **إشكال**؛ لأن المكاتب فقير، والهبة من الفقير صدقة لا رجوع فيها، **والجواب**: المكاتب فقير ملكا لا إما غني غنيا يدا والهبة لا تنفك عن قصد العوض بمال إما بمنافعه أو كسبه كالهبة من العبد، فإذا لم يحصل له العوض كان له الرجوع، فإن عجز المكاتب أو عتق فله أن يرجع فيها إذا عتق ولا يرجع فيها إذا عجز، وهذا قول محمد، وقال أبو يوسف له: أن يرجع في الوجهين جميعا.

قال في «الأصل» أيضا: رجل عتق ما في بطن جاريته ثم وهب الجارية من رجل وسلمها إليه جازت الهبة في الأم، ولو باعها لم يجز، قال في «الكتاب» : ألا ترى لو با ع جارية حاملا واستثنى ما في بطنها لم يجز البيع، ولو وهبها واستثنى ما في بطنها جازت الهبة في الأم والولد.

ووجه الاستشهاد: أن الولد في مسئلتنا صار مستثنيا عن البيع، والهبة شرعا، فيعتبر ما كان مستثنيا، واستثناء الولد شرط يبطل البيع ولا يبطل الهبة فكذا استثناؤه شرعا، إذا أودع الرجل رجلا شيئا من الأشياء لقيه فوهبه إليه، وليس الشيء بحضرتهما فالهبة جائزة. إذا قال الموهوب له: قبلت، ولا يحتاج فيه إلى قبض جديد، وكذلك هذا في العارية والإجارة فقد اعتبر قبض الوديعة نائبا عن قبض الهبة ولم يعتبره نائبا عن قبض المشتري، والأصل فيه: أن القبضين إذا تجانسا ينوب أحدهما عن الآخر، وإذا اختلفا ناب الأعلى عن الأدنى ولا ينوب الأدنى عن الأعلى، قلنا: وقبض الوديعة مع قبض الهبة تجانسا؛ لأن كل واحد منهما قبض أمانة، أما قبض الوديعة مع قبض الشراء تغايرا؛ لأن أحدهما قبض أمانة والآخر قبض ضمان، وقبض العارية والإجارة كل واحد منهما قبض أمانة والله أعلم.." (١)

"الدراهم والدنانير أثمانا لهذا، والأعيان التي ليست من ذوات الأشياء مبيعة أبدا، والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة بين مبيع.... فإن كان مقابلها الدراهم والدنانير فهي مبيعة، وإن كان مقابلها عين، فإن كانت المكيلات والموزونات معينة فهي مبيعة وثمن؛ لأن البيع بدل من مبيع وثمن، وليس لأحدهما بأن يجعل مبيعا بأولى من الآخر؛ لأن المكيل والموزون يتقينان في البياعات كالعروض، فجعلنا كل واحد منهما مبيعا على وجه ثمنا من وجه.

وإن كانت المكيلات والموزونات غير معينة، فإن استعملت استعمال الأثمان فهي ثمن نحو أن يقول: اشتريت هذا العبد بكذا كذا حنطة ونحو ذلك، وإن استعملت استعمال المبيع كان مبيعا بأن قال: اشتريت منك بكذا كذا حنطة بهذا العبد فلا يصح العقد إلا بطريق السلم، وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله في شرح شهادات «الجامع» أن المكيل والموزون إذا لم يكن معينا فهو ثمن، دخل عليه حرف الباء أو لم يدخل؛ لأن المكيل والموزون من ذوات الأمثال حتى يضمنا بالمثل في الإتلاف، فصار نظير الدراهم والدنانير، والدراهم والدنانير أثمان دخل عليها حرف الباء، أو لم يدخل، والفلوس بمنزلة الدراهم والدنانير في أنها لا تتعين بالتعيين، وكان أبو الحسن الكرخي يقول: الدراهم والدنانير يتعينان في العقود ولا يتعينان في التسليم، ويستدل بمسألة ذكرها محمد في «الجامع» .

وصورتها: إذا قال الرجلان: بعت هذا العبد بهذا الكر وبهذه الألف فهما في المساكين صدقة، فباع العبد بهما لزمه التصدق

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٢٦٣/٦

بالكر دون الألف، ولم تتعين الدراهم في العقد، ولا يجب التصدق بشيء؛ لأن شرط وجوب التصدق البيع بالكر المعين والدراهم المعينة، فإذا كانت الدراهم لا تتعين في العقود كان البيع واقعا بكر معين والدراهم في الذمة فكان الموجود نصف الشرط، وبوجوب نصف الشرط لا ينزل الجزاء.

والجواب عن هذا **الإشكال** وهو وجه تخريج هذه المسألة: أن شرط وجوب التصدق وجود البيع مضافا إلى الكر وإلى الدراهم وتسميتها في البيع، فأما تعيين الدراهم فليس من الشرط في شيء؛ لأنه ليس من صنع العبد، فصار في التقدير كأنه قال: إن بعت هذا العبد بيعا مضافا إلى هذا الكر وإلى هذه الألف فهما في المساكين صدقة، فإذا أضاف البيع إليهما وسماها في البيع فقد وجد شرط وجوب التصدق فيلزمه التصدق.

وإذا عرفت المبيع والثمن فنقول من حكم المبيع إذا كان منفعة أن لا يجوز بيعه قبل القبض، ورد الأثر عن رسول الله عليه الصلاة والسلام، ولأنه تمكن في هذا العقد غرر يمكن التحرز عنه، ونهى رسول الله عليه الصلاة والسلام «عن بيع فيه غرر» ".. (١)

"الكيل فهو جائز، كذا رواه ابن سماعة عن محمد، أما إذا اشتراها مجازفة فلا **إشكال** فيها؛ لأن الكيل في هذه الصورة لم يجعل من تمام القبض؛ لأن المعقود عليه عين مشار إليه لا المعيار بخلاف ما إذا اشتراه مكايلة؛ لأن الكيل هناك جعل من تمام القبض، وأما إذا استفاد من أرضه أو بالهبة ولأنه ملك بغير عوض والشرع إنما اعتبر الكيل لاباحة التصرف بخلاف القياس، فيرد التبرع إلى ما يقتضيه القياس فأما إذا ملكه ثمنا، فلأن الكيل شرع لتمام القبض لإباحة التصرف فيما يحتاج فيه إلى أصل القبض لإباحة التصرف، وفي الثمن أصل القبض ليس بشرط لإباحة التصرف، فلا يكون الكيل الذي جعل من تمام القبض شرطا لإباحة التصرف، وأما إذا اشترى مكايلة وباعه من غيره مجازفة لا قبل أن يكيله هل (٦٥ب٣) يجوز ظاهر ما أطلق محمد رحمه الله في «الأصل» يدل على أنه لا يجوز.
وذكر ابن رستم في «نوادره» : أنه إذا باعه مجازفة قبل أن يكيله جاز، ولو باعه مكايلة قبل أن يكيله لا يجوز، فصار في المسألة روايتان.
وجه رواية ابن رستم: أن القدر كما هو معقود عليه فالعين المشار إليه أيضا معقود عليه، فمتى باعه مجازفة فقد با ع العين دون القدر، والعين مقبوض فصار بائعا ما تم قبضه فيه فيجوز، ومتى باعه مكايلة فقد با ع القدر مع العين والقدر غير مقبوض قبل الكيل.

وجه ما ذكر في «الأصل» : أن القدر معقود عليه والعين معقود عليه وأحدهما مما يختار عن الآخر؛ لأن القدر صفة للعين لا يوجد بدونه، فإذا باعه مجازفة فقد با ع مقبوضا وغير مقبوض؛ لأن العين الذي اشتراه مقبوض والقدر ليس بمقبوض فقد با ع مقبوضا وغير مقبوض صفقة واحدة فلا يجوز البيع في الكل. وذكر بعض المشايخ في شرح «الجامع الصغير» خلافا في

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٢٧٥/٦

هذا الفصل بين أبي يوسف ومحمد فقال على قول أبي يوسف لا يبيعه حتى مكايلة لنفسه.

وعلى قول محمد: يبيعه من غير (أن) يكتاله لنفسه. وقد اختلف المشايخ في فصل، وهو ما إذا اشترى طعاما مكايلة وكاله البائع بحضرة المشتري وسلمه إليه، فمنهم من قال: ليس للمشتري أن يكتفي بذلك الكيل ويكيل مرة أخرى، قال شمس الأئمة السرخسي: الأصح أنه يكتفي بذلك الكيل وكل **جواب** عرفته في المكيلات فهو **الجواب** في الموزنات؛ لأن الوزن في الوزنيات متى بيع بشرط الوزن يصير معقودا عليه، كالكيل في المكيلات، فكل **جواب** عرفته في المكيلات في الترتيب الذي ذكرنا، فهو **الجواب** في الوزنيات.

وأما الكلام في الذرعيات: إذا اشترى من آخر ثوبا على أنه عشرة أذرع كان له أن يبيعه، وأن يتصرف فيه قبل الذرع في الذرعيات متى لم يجعل بإزائه لمن سلك به مسلك الأوصاف حتى لا يقسم الثمن على عدد الذرعان حتى لو وجد أحد عشر في مسألتنا فالزيادة تسلم له، ولو وجده أنقص من عشرة لا يسقط شيء من الثمن لكن لم يجز المشتري، كما لو اشترى ثوبا على أنه صفيق فوجده رقيقا، وإذا سلك به مسلك الصفة لم يصر الذرع معقودا عليه، وكان المعقود عليه الثوب المشار إليه، وأنه متغير من غير ذرع.." (١)

"**فجوابه** علي ثم تبين أنه قديم فليس له الرد، وكذلك إذا اشترى على أنه حديث فإذا هو قديم ليس له الرد ذكر المسألة في «فتاوى الفضلي» قيل: المسألة مشكلة فإنه إذا اشترى غلاما به حمى فقال البائع: إنه غب واشتراه على ذلك فإذا هو ربع أو عكس فإنه يرده وهذا **الإشكال** ليس بشيء لأن هناك عاين الغب ورضي به وقد ظهر الربع والربع غير الغب لاختلاف مادتهما، ألا ترى أنه تختلف النوبة، والذي ظهر لم يعاينه ولم يرض به، فأما الورم بهذه الصفة قد يكون قديما وقد يكون جديدا، وقد وقعت في زماننا واقعة من جنس مسألة ورم فقد با ع واحد من الفقهاء فرسا وقد ظهر بإحدى رجليه فرجة هي أثر الحسام، فافتى ظهير الدين المرغيناني للمشتري ليس له الرد وقاسه على مسألة الورم.

وفي «صلح الفتاوى» : اشترى جارية وبها قرحه ولم يعلم المشتري أنها عيب فله الرد، وهذه تخالف مسألة الورم لأنه إذا لم يعلم أن هذه القرحة عيب لايكون راضيا بالعيب والصحيح من **الجواب** في مسألة القرحة أنه إن كان عيبا بينا لايخفى على الناس لايكون له الرد لأنه قد رضي بالعيب وإن لم يكن هذا عيبا بينا فله الرد.

وفي «صرف القدوري» : إذا قال: أبيعك هذه الدراهم وأراها إياه ثم وجدها زيوفا قال: يستبدلها إلا أن يقول هي زيوف أو يبرأ عن عيبها.

ومن جنس مسألة الورم مسائل ذكرها في «فتاوى أبي الليث» .

صورتها: إذا اشترى من آخر سويقا على أن البائع لته بمن من السمن والمشتري ينظر اليه وقت الشراء ثم ظهر أنه لته بنصف من من السمن فلاخيار لأن هذا شيء يعرف بالعيان وهو معاين مرئي، وهو نظير مالو اشترى صابونا على أنه يتخذ من

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٦/٤١٩

كذا حرة من الدهن فتبين أنه متخذ بأقل من ذلك والمشتري ينظر إليه وقت الشراء أو اشترى من آخر قميصا على أنه اتخذ من عشرة أذرع من كرباس فتبين أنه اتخذ من أقل من ذلك والمشتري ينظر إليه وقت الشراء فإنه لاخيار للمشتري والمعنى ماذكرنا.

نوع آخر في معرفة عيوب الدواب

سئل شمس الأئمة الأوزجندي عمن اشترى بقرة فوجدها قليلة الأكل يقال بالفارسية «ناخوران» قال: له الرد، ولو وجدها بطيئة الذهاب يقال بالفارسية «كاهل» فليس له الرد، إلا إذا اشتراها بشرط أنها عجول. وفي «الفتاوى» : اشترى بقرة فوجدها لاتحلب إن كان مثلها يشترى للحلب فله الرد، لأن المعروف كالمشروط وإن كان يشترى للحم لايرد. وفي «المنتقى» إن كانت الدابة تعثر كثيرا دائما فهو عيب، وإن كان في الاجالن فليس بعيب، ذكر في «الأصل» السم عيب وهو يبس في اليد أو في الرجل أو في المرفق، والجيف عيب وهو تداني القدمين وتباعد الفخذين، وقيل: هو خلاف العينين وهو أن يكون إحدايهما زرقاء والأخر غير زرقاء والعزل عيب وهو ميلان في الذنب، والمشيش عيب وهو شيء يخرج في ساق الدابة يكون له حجم وليس له صلابة، والجرد (٢٩٢ب٣)." [١]

"**كالجواب** فيما إذا كان يدعيه المشتري، فإن القاضي يحتاج إلى أن يقضي بالثمن إذا كان البائع مدعيا كما يحتاج لو ادعاه المشتري، فيكون **الجواب** في الفصلين واحد.

وإذا كانت الدار في يد رجل، فأقام على ذلك الرجل شاهدين أنها داره ابتاعها من فلان، وأقام الذي في يديه بينة أنها داره ابتاعها من ذلك لفلان أيضا، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه: إما أن تكون الدار في أيديهما أو في أيد أحدهما أو في يد البائع، وكل وجه من ذلك على أربعة أوجه: أما إن أرخا وتاريخهما على السواء أو تاريخ أحدهما أسبق من تاريخ آخر، أو لم يؤرخا أصلا، أو أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر، فإن كانت الدار في أيديهما وقد أرخا وتاريخهما على السواء، أو لم يؤرخا، فإنه يقضى بالدار بينهما نصفين؛ لأنهما استويا في الدعوى والحجة واليد فتستويان البينة، فإنه يقضى بينهما نصفان فكذلك هذا، وكذلك إذا أرخ أحدهما دون الآخر،، فإنه يقضي بالدار بينهما نصفان ولا يقضي بجميع الدار لصاحب التاريخ؛ لأن الذي لا تاريخ له ثابت بيقين وقع الشك في نصفها إن كان شراءه بعد شراء صاحب التاريخ وجب نقض يده، وإن كان قبله لا يجب نقضه وقد احتمل شراء الدار التي لا تاريخ له أن يكون سابقا على صاحب التاريخ وأن يكون لاحقا فقد وقع الشك في نقض يده فلا يجوز نقضها بشك ويخبر كل واحد منهما أثبت الشراء في الجميع ولم يسلم له إلا النصف فيخبره.

كما لو اشترى دارا، ثم استحق نصفها، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق، فأسبق التاريخ أولى لوجهين:

أحدهما: أن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة ولو عاينا شراء أحدهما سابقا وشراء الآخر بعد ما كان السابق بينهما أولى، وإن كانت الدار في أيديهما، وكذا إذا ثبت بالبينة العادلة.

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٥٤٧/٦

والثاني: وهو بينة أسبقهما تاريخا أكثر إثباتا؛ لأنها تثبت ملكه منذ شهرين والآخر منذ شهر فكانت بينة من أسبق التاريخ أكثر إثباتا فكان أولى، وإن كانت الدار في يد أحدهما، إن أرخا وتاريخهما على السواء أو لم يؤرخا، أو أرخ أحدهما فذو اليد أولى إن كان تاريخهما على السواء أو لم يؤرخا؛ لأنهما استويا في إثبات الشراء مما يتأكد باليد فيكون صاحب اليد، وأنه يثبت آكد لشيئين أولى كالعتق مع الشراء إذا اجتمعا (١٢١أ٣) كان العتق أولى؛ لأنه آكد فكذلك هذا، وكذلك إن أرخ أحدهما فصاحب اليد أولى؛ لأن يده ثابتة بيقين وقع الشك في نقض يده إن كان شراء الذي لا تاريخ به سابقا على يده وجب نقض يده، وإن كان لاحقا لا يجب نقض يده وقد احتمل كلا الأمرين، فلا ينقض يده بالشك.

وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق كان أسبقهما تاريخا أولى سواء كان في يده أو في يد الآخر إن كان أسبقهما تاريخا ذو اليد فلا **إشكال**؛ لأنه من غير تاريخ كان أولى، وإن كان أسبقهما تاريخا من الآخر فكذلك أولى؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة؛ ولأنه أكد ثباتا.." (١)

"البقرة والشاة إنما لم يجز، إما لأن اللحم يتفاوت باختلاف العظم، وهذا المعنى لم يكن بحقيقة ههنا؛ لأن العظم في السمك ساقط الاعتبار فيما بين الناس لا تجري المماكسة باعتباره، أو لأن اللحم يتفاوت من حيث السمن والهزال، وهذا المعنى لا يمكن يحقيقة ههنا أيضا؛ لأن السمن والهزال ليس بظاهر فيه، وهذا كله قول أبي حنيفة.

و (قال) أبو يوسف ومحمد: لا يجوز السلم في كبار السمك، وفرقا بينه وبين اللحم؛ لأن في اللحم يمكن بيان مكان اللحم، فتزول الجهالة في السمك لا يمكن، وهذا كله في كبار السمك، وأما الصغار منه فالسلم فيها جائز وزنا معلوما أو كيلا معلوما، طريا كان أو مالحا بعد أن يكون السلم في الطري في حينه، فقد فرقا بين الصغار والكبار، والفرق: أن في الكبار إنما لا يجوز السلم عندهما؛ لأنه لا يمكن بيان مكان اللحم وهذا المعنى لا يتأتى في الصغار.
وقال في «الأصل» : ولا خير في السلم في شيء من الطيور ولا لحومها، أما في الطيور فلا يجوز؛ لأنه سلم في الحيوان، فإن قيل: السلم في الحيوان إنما كان باطلا لتفاوت الحيوان في نفسه تفاوتا يعتبره الناس، ومن الطيور ما لا يتفاوت تفاوتا يعتبره الناس كالعصفور، فكان يجب أن يجوز السلم فيه كما في الجوز والبيض، **والجواب** عنه من وجهين:
أحدهما: أن بطلان السلم في الحيوان ثابت نصا على ما روينا والعبرة في المنصوص عليه النص لا للمعنى، والنص لم يفصل بين حيوان وحيوان، وإليه أشار محمد رحمه الله حين سئل: لماذا لا يجوز السلم في الحيوان لأنه لا يضبط في الوصف؟ قال: لا لأني أجوز السلم في الديباج ولا أجوزه في الشاة وضبط الشاة أهون علي من ضبط الديباج السنة....

والثاني: أن العصفور إن كان من العدديات المتقاربة إلا أنه بمعنى المنقطع؛ لأنه مما لا يقتنى ولا يحبس التوالد وقد يمكن أخذه وقد لا يمكن، ولا رجحان لإمكان الأخذ على عدم الإمكان حتى يقام مقام الوجود في أيدي الناس، فيبقى العبرة للانقطاع

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٥٩/٧

بخلاف السمك الطري؛ لأن إمكان الأخذ راجح على عدم الإمكان، فيكون العبرة لإمكان الأخذ فيقام إمكان الأخذ مقام الوجود في أيدي الناس.

وأما لحومها: فأما عددا فلا **إشكال** أنه عددي متفاوت، وأما وزنا هل يجوز؟ فظاهر ما ذكر محمد يدل على أنه لا يجوز؛ لأنه أطلق إطلاقا، فمن مشايخنا من قال: بأن المسألة على الاختلاف لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يجوز كما لو أسلم في اللحم، ومنهم من يقول: لا يجوز وزنا عند الكل إلا أنه حمل المذكور من لحم الطير على طيور لا تقتنى ولا تحبس للتوالد، فيكون البطلان بسب أنه أسلم في المنقطع، فلا يجوز بسبب الانقطاع عندهم جميعا، وإن ذكر الوزن فأما فيما يقتنى ويحبس للتوالد." (١)

"واحد منهم جميعا، أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فلا **إشكال**؛ لأن عندهما يقضي بسلم واحد مع إمكان القضاء بسلمين في حال عدم الإمكان.

أما على قول محمد؛ فلأنه تعذر القضاء بعقدين؛ لأن رأس المال عين، والعين متى جعلت رأس مال في السلم لا يمكن أن يجعل رأس مال في سلم آخر إلا بعد إثبات الشراء ثانيا من المسلم إليه ولم يمكن إثبات الشراء؛ لأن الشهود لم يشهدوا بذلك لتعذر القضاء بعقدين فوجب القضاء بعقد واحد، بخلاف ما لو كان رأس المال دراهم أو دنانير؛ لأنه يجب دينا في الذمة وفي الذمة سعة، فيمكن القضاء بعشرين كما يمكن بعشرة فقد أمكن القضاء بعقدين، فلا يقضي بعقد واحد.

وإن اختلفا في قدر المسلم فيه **فالجواب** في حق التحالف والبينة **كالجواب** في الفصل الأول عندهم جميعا.

وإن اختلفا في صفة المسلم فيه إن لم تقم لأحدهما بينة، فالقياس على ما مضى من الاستحسان أن يتحالفا، وفي الاستحسان: أن لا يتحالفا، وبالقياس نأخذ، ثم **الجواب** إلى آخره على ما بينا، وإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضي ببينته. وإن أقاما جميعا البينة يقضي بعقد واحد عندهم جميعا؛ لأن القضاء بعقدين غير ممكن إلا بعد الشراء ثانيا من المسلم إليه، والشهود لم يشهدوا بالشراء.

فإن اختلفا في جنس رأس المال ولم يقم لأحدهما بينة، القياس: أن لايتحالفا ويكون القول قول رب السلم، وفي الاستحسان: (١٣١أ٣) يتحالفان. وإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضي ببينته لما بينا، وإن أقاما جميعا البينة فعلى قول محمد رحمه الله يقضي بعقدين؛ لأن القضاء بالعقدين ممكن؛ لأن كل فريق شهد بعين لم يشهد به الآخر، والقضاء بعينين في عقدين ممكن، فيقضي بعقدين كما لو اختلفا في جنس رأس المال ورأس المال دين، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: يقضي بعقد واحد على رواية الكرخي وهو الأصح؛ لأن القضاء بعقد واحد ممكن برد أحد البينتين وهي بينة رب السلم؛ لأنها قامت على إثبات ماهو ثابت له بإقرار المسلم إليه، ولما أمكن رد إحدى البينتين أمكن القضاء بعقد واحد.

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٨١/٧

وإن اختلفا بعقد في مقداره إن لم تقم لأحدهما بينة، فالقياس: أن يكون القول قول رب السلم ولا يتحالفان؛ لأن المسلم إليه يدعي زيادة ثوب في رأس المال وهو ينكر، وفي جانب المسلم فيه اتفقا على أنه كر حنطة إلا أنهما يتحالفان استحسانا، وإن قامت لأحدهما بينة، فإنه يقضي ببينته. وإن أقاما جميعا البينة يقضي بعقد واحد عندهم؛ لأن القضاء بعقدين غير ممكن؛ لأن أحد الثوبين باتفاق البينتين صار رأس المال في عقده، فلا يتصور أن يجعل رأس المال في عقد إلا بإدراج زيادة لم يشهد به الشهود وهو الشراء.

وإن اختلفا في صفته إن لم يقم لأحدهما بينة، فإنهما لا يتحالفان قياسا واستحسانا، ويكون القول قول رب السلم؛ لأنهما اختلفا في صفة رأس المال وهو عين،." (١)

"يذكر الكراهة إنما قال: لا أحب له ذلك، فهو قريب من الكراهة لكنه دون الكراهة، ومحمد لم ير بذلك بأسا، فإنه قال في كتاب الصرف: المستقرض إذا أهدى للمقرض شيئا لا بأس به من غير فصل، فإنه دليل على أنه رفض قول السلف. قال شيخ الإسلام خواهرزاده رحمه الله: ما نقل عن السلف محمول على ما إذا كانت المنفعة وهي شراء المتاع بثمن غال مشروطة في الاستقراض، وذلك مكروه بلا خلاف، وما ذكر محمد رحمه الله محمول على ما إذا لم تكن المنفعة والهدية مشروطة في القرض وذلك لا يكره بلا خلاف، هذا إذا تقدم الإقراض في البيع.

فأما إذا تقدم البيع على الإقراض وصورة ذلك: رجل طلب من رجل أن يعامله بمائة دينار، فباع المطلوب عند المعاملة من الطالب ثوبا قيمته عشرون دينارا بأربعين دينارا، ثم أقرضه ستين دينارا حتى صار للمقرض على المستقرض مائة دينار وحصل للمستقرض ثمانون دينارا، ذكر الخصاف أن هذا جائز، وهذا مذهب محمد بن مسلمة إمام بلخ، فإنه روي أنه كان له سلع، فكان إذا استقرض إنسان منه شيئا كان يبيعه أولا سلعة بثمن غال ثم يقرضه بعض الدنانير إلى تمام حاجته، وكثير من المشايخ كانوا يكرهون ذلك، وكانوا يقولون: هذا قرض جر منفعة. ومن المشايخ من قال: إن كانا في مجلس واحد يكره، وإن كانا في مجلسين مختلفين لا بأس به؛ لأن المجلس الواحد لجمع الكلمات المتفرقة، فكأنهما وافقا معا فكانت المنفعة مشروطة في القرض. وكان الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلواني يفتي بقول الخصاف، ويقول: محمد بن سلمة كان يقول هذا ليس بقرض جر منفعة بل هذا بيع جر منفعة وهو القرض.

وأما هدية المستقرض: إن كانت الهدية مشروطة في الاستقراض فهو حرام، ولا ينبغي للمقرض أن يقبل، فإن لم تكن الهدية مشروطة في الاستقراض، وعلم أنه أهدى إليه لا لأجل الدين أو لأجل الدين، ذكر شيخ الإسلام رحمه الله: أنه لا بأس بقبولها، والتورع عنه أولى، وهكذا حكي عن بعض مشايخنا.

بعد هذا قالوا: إذا كانت المهاداة تجري بينهما قبل القرض بسبب القرابة والصداقة أو كان المستقرض معروفا بالجودة والسخاوة، فهذا قائم مقام العلم أنه أعطاه لا لأجل الدين فلا يتورع عنه، وإن لم يكن شيء من ذلك، فالحال حال **الإشكال**، فيتورع عنه حتى يتبين أنه أهدي لا لأجل الدين، ومن قال: بالكراهة في مسألة البيع يقول بالكراهة ههنا أيضا،

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ١٠٤/٧

ومحمد لم ير به بأسا من غير تفصيل.

وأما دعوة المستقرض قال محمد: ولا بأس بأن يجيب دعوة رجل له عليه دين، قال شيخ الإسلام خواهرزاده: (إلى) هذا **جواب** الحكم، فأما الأفضل أن يتورع عن الإجابة إذا علم أنه لأجل الدين أو أشكل عليه الحال.
قال شمس الأئمة الحلواني: ما ذكر محمد رحمه الله محمول على ما إذا كان يدعوه قبل الإقراض، أما إذا كان لا يدعوه قبل الإقراض أو كان يدعوه في كل عشرين يوما وبعد الإقراض جعل يدعوه في كل عشرة أيام أو زاد في الباحات، فإنه لا يحل." (١)

"العقد لإحالة العقد، وشرط العقد ما يشترط حالة العقد كالشهادة في باب النكاح والمالية في بيع العين بالثمن، فأما ما يجب بعد العقد يكون حكم العقد لا شرط جواز العقد.
قلنا: شرط جواز العقد ما يشترط مقارنا للعقد إلا أن اشتراط القبض مقارنا لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراض لما فيه من إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلقت الجواز بقبض يوجد في المجلس؛ لأن مجلس العقد حكم حالة العقد كما في الإيجاب والقبول، فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلس العقد كالموجود وقت العقد من حيث الحكم، ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحكم، ثم اختلف المشايخ فيما بينهم أن التعارض قبل الافتراق (١٤٥ب٣) شرط صحة العقد أو شرط بقاء العقد على الصحة وإلى كل واحد أشار محمد رحمه الله في «الكتاب» ، فعلى قول من يقول: أنه شرط بقاء العقد على الصحة لا يتأتى هذا، وعلى قول من يقول شرط صحة العقد يتأتى **الإشكال**، ولكن وجه **الجواب** ما ذكرنا.

الشرط الثاني: أن لا يكون في هذا العقد خيار الشرط لأحدهما؛ لأن الخيار استثناء لحكم العقد وهو الملك عن العقد، فيمتنع الملك ما بقي الخيار، وإذا امتنع الملك يمتنع القبض الذي يحصل به التعيين الذي هو شرط جواز هذا العقد.

الشرط الثالث: أن لا يكون في هذا العقد أجل؛ لأن شرط الأجل يتقدم استحقاق القبض الذي به يحصل به التعيين، فرجع الكل إلى معنى واحد أن الفساد بسبب انعدام القبض الذي يحصل التعيين، وخيار الرؤية وخيار العيب يخالف خيار الشرط في هذا الباب؛ لأنه بختار العيب والرؤية لا يمتنع الملك فكان القبض الذي يحصل به التعيين ثابتا، فيصح العقد ولا كذلك الأجل وخيار الشرط، فهذا هو الفرق بين هذه الفصول، وإن افترقا من غير تقابض أو شرط الخيار أو الأجل فسد البيع ثم لا يصح بعد ذلك، أما إذا افترقا من غير تقابض؛ فلأنه فات شرط الصحة وهو التقابض، وأما إذا كان فيه خيار الشرط، فكذلك لهذا المعنى أيضا، وأما إذا كان فيه أجل قائم يفسد العقد إذا لم يتقابضا، فأما إذا تقابضا لا يفسد العقد؛ لأن الإقباض يكون إسقاطا للأجل ولو شرطا الخيار ثم أبطلا قبل الافتراق أو كان الخيار لأحدهما فأبطله الذي هو له قبل الافتراق جاز استحسانا عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله.

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ١٢٧/٧

والكلام فيه نظير الكلام فيما إذا شرط الخيار في بيع العين أربعة أيام ثم أسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع، وقد مر الكلام فيه في كتاب البيوع، وإن كان لأحدهما أجل فيما عليه أولهما فأبطل ما لهما من الأجل قبل التفرق جاز استحسانا، وعن أبي يوسف أن صاحب الأجل إذا أسقط الأجل لا يبطل حتى يرضى به صاحبه.

وفرق بين هذا وبين الخيار والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأن الأجل يثبت حقا لصاحب الأجل وصاحب الحق يتمكن من إسقاطه من غير أن يتوقف ذلك على رضا غيره كذا هاهنا وصاحب الحق يتمكن من إسقاطه من غير أن يتوقف إلي.." (١)

"الفصل الرابع: في الدراهم المغشوشة تباع بالفضة الخالصةوفي الدراهم المغشوشة يشتري بها متاع وزنا أو عددا بعينها أو بغير عينها

مسائل هذا الفصل وقد ذكرنا في أول الفصل السادس من البيوع فلا نعيدها.

الفصل الخامس: في الفلوس

بعض مسائل هذا الفصل ذكرنا في أول الفصل السادس من البيوع أيضا: فذكر هاهنا ما لم يذكر ثمة، فمن جملة ما لم يذكر ثمة:

إذا اشترى الرجل متاعا بعينه أو فاكهة بعينها بفلوس ليست عنده فهو جائز؛ لأن الفلوس كالدراهم والدنانير، ولو اشترى شيئا بعينه مما ذكرنا بدراهم أو بدنانير ليست عنده جاز الشراء كذا هاهنا.

وإذا اشترى متاعا بعينه بفلوس بعينها فله أن يعطي غيرها مما يروج بين الناس لما ذكرنا أن الفلوس ثمن، فصار الشراء بالفلوس بمنزلة الشراء بالدراهم.

ولو اشترى متاعا بعينه بدراهم بعينها كان له أن يعطي مثل تلك الدراهم كذا هاهنا.

فإن قيل الفلوس إنما صارت ثمنا باصطلاح الناس لا بالشرع، فإذا عينا الفلوس في العقد فقد قصدا تعليق العقد بالمعين وجعله مثمنا يجب أن يبطل الاصطلاح على الثمنية في حقهما، كما قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله فيمن باع فلسا بعينه بفلسين بأعيانهما، فإنه يجوز وينفسخ الاصطلاح على الثمنية في حقهما تحقيقا لجواز البيع إذ لا يجوز هذا البيع مع بقاء الثمنية.

والجواب عن هذا **الإشكال** أن يقال: إن التعيين محتمل، يجوز أن يكون لتعليق العقد بالمعين، ويجوز أن يكون لبيان قدر الواجب وصفته فكأنه قال: بعت منك بمثل هذه الفلوس، فإن كان البيع لتعليق العقد به ينفسخ ذلك الاصطلاح السابق، وإن كان لبيان القدر الواجب في الذمة وصفته لا ينفسخ الاصطلاح السابق، فلا ينفسخ الاصطلاح بالاحتمال حتى لو تصادقا أنهما قصدا تعليق العقد بعينه يقول بأنه يبطل ذلك الاصطلاح وتصير الفلوس مثمنا لا يجوز للمشتري أن يعطي

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ١٧٠/٧

البائع مثلها، وفيما إذا أورد من المسألة الاصطلاح على الثمنية لم يبطل بسبب التعيين لكون التعيين محتملا على ما ذكرنا، كما في هذه المسألة، وإنما بطل الاصطلاح ثمة مقتضى جواز البيع؛ لأن البيع لا يجوز وهما ثمنان؛ لأن بيع الثمن واحد باثنين لا يجوز كبيع الدرهم بالدرهمين، وهاهنا الجواز ثابت من غير يقين، فإن بيع المتاع بفلوس في الذمة جاز فلا تبطل الثمنية لا مقتضى جواز البيع ولا مقتضى التعين ولو أعطى تلك الفلوس فافترقا ثم وجد فيها فلسا لا يتفق فرده." [١]

"وستأتي هذه المسألة من طرف المرأة مع زيادة كما يأتي في كتاب الصلح إن شاء الله.

ثم إذا ادعى رجل سيفا محلى بعينه في يدي رجل فصالحه المدعى عليه عشرة دنانير يدفعها المدعى عليه على المدعي فقبض المدعي منها خمسة، واشترى بالخمسة الأخرى ثوبا، فإن كانت الخمسة المقبوضة مقدار حصة الحلية فالصلح صحيح؛ لأن المنقود يجعل بإزاء الحلية مستحق في المجلس وقبض حصة والثوب ليس بمستحق.

وإذا جعلنا المنقود حصة الحلية حصل الافتراق بعد قبض البدلين فيما هو صرف؛ لأن موضوع المسألة المدعى عليه جاحدا للسيف حتى يكون غاصبا لها، وقبض الغصب ينوب عن قبض الشراء، وإن كان المدعى عليه مقرا بالسيف كان حاضرا في مجلس الصلح، وما بقي من بدل الصلح غير منقود فهو ثمن النصل والاستبدال بثمن النصل قبل القبض جائز، فإن كانت الخمسة المنقودة أقل من مقدار حصة الحلية فالصلح باطل في الكل.

أما في حصة الحلية فلا **إشكال**؛ لأنه بطل في بعضه فيبطل في الباقي؛ لأنه شئ واحد، وأما في حصة الشراء؛ لأنه دخل بعض الحلية في شراء الثوب والاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لا يجوز لما فيه من فوات القبض، وإذا بطل شراء الثوب في البعض بطل في الباقي عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن شراء الثوب في البعض بطل معنى الربا؛ لأنه بطل لما فيه من فوات القبض في أحد البدلين في صرف يمكن ربا النساء، وإذا صار بعض بدل الحلية مشروطا في شراء الثوب فقد بطل شراء بعض الثوب لمكان ربا فيه فيبطل في الباقي.

كما لو سلم حنطة في شعير وزيت وعندهما شراء الثوب يبطل بقدر ما صار من حصة الحلية داخلا فيه ويبقى في الباقي كما في مسألة السلم.

وإذا اشترى الرجل إبريق فضة بمئة دينار وفي الإبريق ألف درهم وتقابضا، ثم وجد مشتري الإبريق بالإبريق (عيبا) وهو قائم بعينه حتى كان له رد الإبريق فصالح بائع الإبريق المشتري على دينار وقبض المشتري الدينار أو لم يقبض حتى تفرقا فالصلح ماض.

ذكر المسألة في «الأصل» : من غير ذكر خلاف وهذا **الجواب** على قولهما مستقيم، وكذلك على قول أبي حنيفة رحمه الله على قول من يقول من المشايخ: أن الصلح وقع عن حصة العيب من الثمن؛ لأن حصة العيب من الثمن دينار وبدل الصلح دينار أيضا، فيكون هذا الصلح واقعا على جنس حقه فلا يكون صرفا، وإن وقع الصلح على عشرة دراهم، فإن قبض المشتري الدراهم قبل أن يتفرقا فالصلح جائز، وإن لم يقبض حتى تفرقا بطل الصلح؛ لأن الصلح وقع على خلاف

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ١٧٤/٧

جنس الحق فيعتبر صرفا، فإن كانت الدراهم التي وقع عليها أكثر من حصة العيب فالصلح جائز؛ لأن الصلح وقع ثمن حصة العيب عند الكل عند بعض المشايخ، وحصة العيب دينار وشراء الدينار بدراهم أكثر من قيمة الدينار جائز، وعند بعض المشايخ: الصلح وقع عن الجزء الغائب بالدراهم أكثر من قيمته يجوز.

وإذا ادعى رجل على رجل عشرة دراهم وعشرة دنانير وأنكر المدعى عليه وأقر، ثم." (١)

"المضافة إلى محالها وعلماؤنا رحمهم الله قالوا: بأن التعيين أضيف إلى ما هو مثمن من وجه لما ذكرنا أن الدراهم والدنانير إذا قوبل بعضها ببعض وكل واحد من البدلين مثمن من وجه، فصار مشتري الدراهم مشتريا بما هو مثمن من وجه، والشراء المضاف إلى المثمن يتعلق بعينه، وإذا تعلق بعينه جعل المشتري مستبدلا ببدل الصرف قبل القبض، وإنه لا يجوز بخلاف الشراء المضاف إلى سائر الديون سوى بدل الصرف؛ لأن هناك الشراء حصل بما هو ثمن من كل وجه، والشراء بالمضاف إلى الثمن من كل وجه لا يتعلق بعينه، أما هاهنا بخلافه.

وإذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدنانير وتقابضا إلا بدرهم واحد بقي من العشرة، وليس عند بائع الدراهم الدرهم العاشر، فأراد الذي اشترى الدراهم أن يأخذ عشر الدينار، فله ذلك.

وهذا **الجواب** على هذا الإطلاق الذي قاله محمد رحمه الله يستقيم بعد ما تفرقا عن مجلس العقد قبل نقد الدرهم العاشر؛ لأنه بعد ما تفرقهما انتقض الصرف بقدر عشر دينار وصار عشر الدينار على مشتري الدينار، فلبائع الدينار أن يطالب المشتري بذلك رضي المشتري أم سخط.

فأما قبل التفرق: إذا أراد أن يأخذ عشر دينار من مشتري الدينار فليس له ذلك إلا برضى مشتري الدينار بذلك؛ لأن الصرف صحيح قبل التفرق في جميع الدينار، وإن لم يكن عند مشتري الدينار الدرهم العاشر، فيكون حق بائع الدينار في الدرهم العاشر وحق مشتري الدينار في جميع الدينار، فإذا قيل له: أعطني عشر دينار، فكأنه قال: أقلني العقد بقدر عشر دينار، فإن رضي مشتري الدينار بذلك جاز وإن لم يرض لا يجوز.

فأما إذا قال له: بعني بعشر دينار فلوسا مسماة أو عرضا مسماة فباعه بذلك كان جائزا باعه قبل التفرق أو بعد التفرق، فلا **إشكال**؛ لأن الصرف انتقض بقدر عشر دينار لفوات قبض بدله، فصار حق بائع الدينار بعد التفرق في عشر الدينار في ذمة مشتري الدينار.

فإذا قال: بعني بذلك شيئا بعد استبدال ببدل الصرف بعد الفسخ قبل القبض، فإنه جائز، وإن كان قبل التفرق فكذلك يجوز؛ وذلك لأن بائع الدينار كما قال: أعطني بعشر دينار فلوسا فقد طلب منه أن يصير عشر دينار حقا له في ذمة المشتري حتى يجوز له أخذ الفلس عوضا عنه، وإن عشر الدينار قبل التفرق حقا لبائع الدينار إلا بالفسخ، فكأنه قال: أقلني الصرف بقدر عشر دينار حتى لا يصير حقا لي بالفسخ ثم أعطني بذلك فلوسا أو عرضا، فإذا رضي الآخذ بذلك

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ١٩٢/٧

انفسخ (١٥٦ب٣) الصرف بقدر عشر دينار، فصار مستبدلا ببدل الصرف قبل القبض بعد الفسخ، وإنه جائز.
وهذا بخلاف ما لو قال بائع الدينار: بعني بالدراهم شيئا، فإنه لا يجوز سواء باعه بالدراهم العاشر شيئا قبل التفرق أم بعد التفرق، فأما قبل التفرق؛ فلأنه استبدل ببدل الصرف قبل القبض حال بقاء عقد الصرف؛ لأنه طلب منه أن يبيع بالدرهم شيئا والدرهم." (١)

"وأبيعهما بربح درهم، فذلك كله في قول أبي حنيفة.

وكذلك إذا باعه بربح ده يازده؛ لأن الربح انصرف إليهما؛ لأنه أنص عمل بيعهما مرابحة، فإذا انصرف الربح إليهما فسد العقد في حصة القلب لأجل الربا أو العقد صفقة واحدة، فتعدى الفساد إلى الباقي وعندهما يجوز في حصة الثوب؛ لأن كل واحد منهما منفصل عن الآخر.

وكذلك لو اشترى جارية وطوق فضة عليها فيه مئة درهم بألف درهم وتقابضا، ثم باعها مرابحة بربح مائة درهم أو بربح ده يازده فالعقد فاسد في قول أبي حنيفة وعندهما يجوز في الجارية دون الطوق وقد ذكر الكرخي رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة في مسألة الطوق واستبدل به على رجوعه في نظائره وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع.

وإذا اشترى الرجل من آخر سيفا محلى بفضة بمائة درهم وحلية السيف خمسون درهما وتقابضا، ثم إن المشتري با ع السيف مرابحة بربح عشرين درهما أو بربح ده دوا زده أو بربح ثوب بعينه أو ما أشبه ذلك لا يجوز؛ لأن للحلية حصة من الربح فيصير مقابلتها أكثر من وزنها من الفضة أو أقل، وإنه ربا ففسد العقد في حصة الحلية ويفسد في الباقي ضرورة.

فإن قيل: كان يجب أن يصرف الربح إلى الجفن والنصل والحمائل دون الحلية، فإن با ع السيف مرابحة؛ لأن اسم السيف ينطلق على النصل بدون الحلية فيجعل كذلك تحريا للجواز، فيكون العقد على الحلية مساومة على ما وراء ذلك مرابحة.

ألا ترى إلى ما ذكر محمد: أن من اشترى من آخر سيفا محلى بفضة بمئة درهم وحلية السيف خمسون درهما ثم إن البائع قال للمشتري: حططت عنك عن ثمن السيف درهما كان الحط عن ثمن النصل والجفن؛ لأن اسم السيف منطلق على النصل وحده، فيصرف الحط إليه تحريا للجواز كذا ههنا.

والجواب عن هذه **الإشكال** من وجهين:

أحدهما: أنا لو جعلنا كذلك صار العقد الواحد عقدين؛ لأن بمقدار الحلية يصير البيع، وبمقدار الجفن والنصل يصير مرابحة وجعل العقد الواحد عقدين خلاف الأصل، ولأنه خلاف ما صرحا به؛ لأنهما جعلا الربح في ثمن السيف ده يازده، وإذا جعلنا جميع الربح بإزاء السيف كان الربح في ثمن السيف ده ده بازده.

الجواب الثاني: أنه إنما يحتال لتصحيح العقد إذا لم يصرح المتعاقدان بالفساد، وههنا صرحا بالفساد، ولما قالا: بيع هذا السيف بربح ده دوا زده؛ وهذا لأن بيع المرابحة بيع بالثمن الأول ويازده.

ولهذا قالوا: في رجلين اشتريا عبدا أحدهما نصفه بمائة، والأخر اشترى نصفه بخمسين، ثم باعاه مرابحة انقسم الثمن عليهما

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٢١٨/٧

على قدر ثمنهما في العقد الأول، لا على قدر ملكهما في العبد.

وإذا كان بيع المرابحة بيعا بالثمن الأول وزيادة يصير الثمن الأول مذكورا من حيث." (١)

"لبعض لم يصح الجعل ويسقط حقه، وقسمت على عدد من بقي؛ لأن نقل الحق في الشفعة لا يستقيم لما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى، ولكن يسقط حقه بدلالة الإعراض فيقع حق الباقين.

وإذا قضى القاضي للحاضر بكل الدار، ثم حضر آخر وقضى له بالنصف، ثم حضر آخر قضي له بثلث ما في يد كل واحد منهما حتى يستويا لهما، فإن قال الذي قضي له بكل الدار أولا للثاني: أنا أسلم لك الكل، فإما أن يأخذ الكل أو يدع فليس له ذلك، وللثاني أن يأخذ النصف، هكذا ذكره «القدوري» .

ولو كان الشفيع الحاضر يأخذ الدار من المشتري بالشفعة ولكن اشترى الدار منه ثم حضر الغائب، فإن شاء أخذ الدار كلها بالبيع الأول، وإن شاء أخذ كلها بالبيع الثاني، أما بالبيع الأول، فلأن الحاضر أسقط حقه في الشفعة لما أقدم على الشراء وخرج من البين، فكان للآخر أن يأخذ الكل، وأما بالبيع الثاني، فلأن الشريك المشتري أعرض عن الشفعة حيث أقدم على الشراء، ومع الإعراض لا يثبت له حق الشفعة، فخرج هو من البين، فكان للآخر أن يأخذ الكل.

وفي المسألة نوع **إشكال**؛ لأن حق الشفعة في البيع الثاني، إنما يثبت بعد تمام البيع الثاني فلا يبطل بالإعراض قبله، **والجواب** هو معرض بالشراء الثاني، فلا يثبت له بسبب هذا الحق مع تضمن هذا الشراء الإعراض.

بخلاف الشفيع إذا اشترى ابتداء؛ لأن شراء لم يتضمن إعراضا؛ لأنه مقبل على التملك، وهو معنى الأخذ بالشفعة.

ولو كان المشتري الأول شفيعا للدار فاشتراها الشفيع الحاضر منه، ثم قدم الغائب، فإن شاء أخذ نصف الدار بالبيع الأول، وإن شاء أخذ الكل بالبيع الثاني؛ لأن المشتري الأول يثبت له حق قبل الشراء حتى يكون شراؤه معرضا عنه، فبقي هو شفيعها في البيع الأول، فلا يكون للغائب بسبب البيع الأول إلا النصف، وأما العقد الثاني فقد ثبت للشفيع الحاضر حق الشفعة بسبب الأول، فإذا اشترى سقط حقه عن البيع الأول، ولم يتعلق بعقده حق مع كونه معرضا، فكان للغائب أن يأخذ الكل بالبيع الثاني.

الفصل السابع: في إنكار المشتري حق الشفيع وما يتصل به

في «المنتقى» : قال هشام: سألت محمدا عن الشفيع إذا طلب الشفعة بدار في يديه يزعم أنها له، فقال المشتري: ليست هذه الدار لك، قال: فأخبرني أن أبا حنيفة كان يقول: على الشفيع البينة يعني القاضي لا يقضي للشفيع بالشفعة ما لم يقم البينة أن الدار التي في يديه داره، وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا كان في يديه، فله الشفعة بها.

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٢٢٩/٧

قال هشام: قلت لمحمد: ما قولك، قال: القياس ما قاله أبو حنيفة.

وفي «الأجناس» : بين كيفية الشهادة، فقال: ينبغي أن يشهدوا هذه الدار التي بجوار." (١)

"وأما إذا حط الكل أو وهب الكل أو أبرأه عن الكل صح في حق المشتري؛ لأنه لاقى دينا ولكن لا يظهر في حق الشفيع حتى يأخذ الشفيع الدار بجميع الثمن إن شاء؛ لأن هذا الحط لا يلتحق؛ لأنه لو التحق بطل من حيث صح؛ لأن العقد بغير ثمن باطل فلا يكون المحطوط ثمنا، فلم يلتحق بأصل العقد، وبقي العقد في حق الشفيع بجميع الثمن كما كان قبل ذلك، وإن كانت هذه التصرفات بعد قبض البائع الثمن من المشتري.

فالجواب في الحط والهبة على ما ذكرنا قبل القبض إن حط البعض أو وهب البعض صح في حق المشتري والشفيع، ووجب على البائع رد مثل ذلك على المشتري وأخذه الشفيع بما وراء المحطوط والموهوب، وإن حط الكل أو وهب الكل يصح ذلك في حق المشتري، فلا يصح في حق الشفيع.

وأما الإبراء بعد القبض لا يصح لا في حق المشتري ولا في حق الشفيع، سواء كان الإبراء عن الكل أو عن البعض.

وفي المسألة نوع **إشكال**، فإن الثمن بعد القبض إن اعتبر قائما في ذمة المشتري، فينبغي أن يصح الإبراء كما تصح الهبة والحط كما قبل القبض، وإن لم يعتبر قائما ينبغي أن لا تصح الهبة والحط كما لا يصح الإبراء، **والجواب**: الثمن باق في ذمة المشتري بعد القبض؛ لأن البائع ما قبض عين حقه إلا أنه ليس للبائع ولاية المطالبة؛ لأن المشتري يطالبه بمثله، فلا يفيد فمطالبة المشتري مفيد؛ لأن البائع لا يطالبه بمثل ذلك؛ لأن المشتري قد يرى، فيجب على البائع رد مثل ما قبض بعد الحط والهبة، فأما الإبراء، فإنما لم يصح؛ لأن الثمن غير باق في ذمة المشتري ولكن؛ لأن الإبراء نوعان: إبراء لإسقاط الواجب، وإبراء بالاستيفاء.

ولهذا يقال: أبرأه براءة قبض واستيفاء، كما يقال: أبرأه براءة إسقاط، فإذا أطلق البراءة إطلاقا انصرف ذلك إلى البراءة من حيث الاستيفاء؛ لأنه أقل وصار كأنه نص عليه، فقال: أبرأتك براءة قبض واستيفاء، وهناك لا يسقط الواجب عن ذمته ولا يلزم البائع رد شيء بخلاف الحط والهبة، فإنه نوع واحد وهو الحط والهبة، بطريق إسقاط الواجب.

ولهذا لا يقال: حططت ووهبت حط استيفاء، فكأنه نص عليه، ولو زاد المشتري في الثمن زيادة بعد العقد يأخذ الشفيع الدار بالثمن الأول، ولا تظهر الزيادة في حق الشفيع.

وفرق بين الزيادة وبين الحط، فإن الحط يظهر في حق الشفيع.

والفرق: أن الزيادة تتضمن إبطال حق الشفيع، فإنه يثبت للشفيع حق الأخذ بالثمن الأول؛ لأن لو صحت الزيادة في حق الشفيع لا يتمكن من الأخذ بالثمن الأول، فلم تصح الزيادة في حقه صيانة لحقه، أما الحط لا يتضمن إبطال حق على

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٧/٢٨١

الشفيع بل فيه منفعة للشفيع؛ لأن بالحط يخرج بعض الثمن عن العقد، فلهذا افترقا.

في «فتاوى (أهل) سمرقند» : أن رجلا اشترى من رجل أرضا وقبضها، فجاء الشفيع." [(١)]

"المشتري؛ لأن المشتري لم يكن مختارا في الدفع إليه.

وكذلك الأب إذا وطئ جارية ابنه، وعلقت منه واستحقها لم يرجع بقيمة الولد على الابن وطريقه ما قلنا؛ ولأن القسمة فيما عدا المكيل والموزون إذا كانت قسمة يوجبها الحكم إفراز لعين الحق من وجه، ومبايعة من وجه على ما مر في صدر الكتاب.

فباعتبار أنها مبايعة إن كانت ثبت فيها حكم الغرور فباعتبار أنها إقرار لا يثبت فيها حكم الغرور فلا يثبت فيها حكم الغرور بالشك بخلاف البيع المحض، أما على المعنى الأول؛ لأن البائع مختار في البيع وليس بمضطر فيه، وإما على المعنى الثاني؛ فلأنه ليس فيه إقرار الحق بوجه من الوجوه إذا لم يكن للمشتري فيه عن قبل البيع بوجه من الوجوه، أما القسمة بخلافه.

وأما كل قسمة لا يوجبها الحكم فإنما يثبت فيها حكم الغرور؛ لأن كل واحد منهما غير مضطر في هذه القسمة؛ لأن واحد متمكن من تمييز ملكه بقسمة كل جنس على حده؛ ولأن كل واحد منهما غير متوف لعين الحق حقيقة، فلا إشكال، ولا حكما؛ لأن ما وصل إليه ليس بمثل لما كان له؛ لأن الدار ليست بمثل الأرض، والأرض ليست بمثل الدار حتى يجعل وصول المثل إليه كوصول عين الحق.

وإذا اقتسم الرجلان دارا بينهما بشراء أو ميراث، وبنى أحدهما في قسمه الذي أخذها، ثم استحق من نصيب الثاني الموضع الذي فيه البناء، ورد القسمة وأبطلها لا يرجع على شريكه بشيء من قيمة البناء؛ لأن هذه قسمة يوجبها الحكم.

وإن كان دارين بينهما فاقتسماها هذا واحد هذا دارا أو هذا دارا وبنى أحدهما في داره التي أخذها واستحقت تلك الدار رجع على شريكه بنصف قيمة البناء، ذكر المسالة في «الكتاب» مطلقا من غير ذكر خلاف.

من مشايخنا من قال: المذكور في «الكتاب» قول أبي حنيفة؛ لأن هذه قسمة لا يوجبها الحكم على قوله: أما على قولهما هذه قسمة يوجبها الحكم؛ ولهذا يجبر الآبي عليها فيثبت فيها حكم الغرور.

ومنهم من قال: هذا قولهم جميعا؛ لأن هذه القسمة لا يوجبها الحكم لا محالة عندهما إنما يوجبها الحكم إذا رأى القاضي الصلاح في أن يلقحها بالجنس الواحد، أما قبل رؤية القاضي ذلك فلا، والجواب في الأرضين كالجواب في الدارين.

ولو كانا خادمين فاصطلحا على أن يأخذ هذا خادما، وذلك خادما فعلقت إحدى الخادمين من الذي أصابها، ثم استحقها رجل رجع على شريكه بنصف قيمة الولد، وهذا الجواب ظاهر على قول أبي حنيفة؛ لأن هذه قسمة لا يوجبها الحكم على قول من يقول من المشايخ: إن قسمة الرقيق قسمة جمع على قولهما موكول إلى رأي القاضي.

وأما على قول من يقول من المشايخ: إن الرقيق عندهما يقسم قسمة جمع على كل حال لا يثبت حكم الغرور؛ لأن هذه

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٣٢٤/٧

قسمة يوجبها الحكم لا محالة.

وإذا كانت دار واحدة وأرض بيضاء بين ورثة، فاقتسموا بغير قضاء وبنى أحدهما." (١)

"ذكر الحاكم الشهيد في «المنتقى» : رجل استأجر رجلا بدرهم على أن يحلج له قطنا معلوما وسماه فهو جائز إذا كان القطن عنده، وكذلك إذا قال قصر لي مائة ثوب مروي جاز إذا كانت الثياب عنده، فالأصل أن الاستئجار على عمل في محل هو عنده جائز والإستئجار على عمل في محل ليس عنده لا يجوز، كما لا يجوز بيع ما ليس عنده قال: وهو بالخيار إذا رأى الثياب ولا خيار له في مسألة القطن، وهو بناء على الأصل الذي قلنا.

وفي «نوادر هشام» عن محمد: رجل استأجر غلاما سنة بدار له فاستعمل الغلام ومضت السنة ونظر آجر الغلام إلى الدار ولم يكن رآها فقال لا حاجة لي فيها، قال: له ذلك وله أجر مثل غلامه وفي المسألة نوع **إشكال**.

ووجهه: أن بالرد بخيار الروية ينفسخ العقد من الأصل وتصير المنافع مستوفاة بلا عقد، فكيف يتقوم **والجواب** أن الانفساخ لا يظهر في حق المستوفى أو نقول المنافع كما تقوم بالعقد تقوم بالشرط وبالرد بخيار الرؤية لا يتبين أن الشرط لم يكن ويثبت خيار العيب في الإجارة، كما في البيع إلا أن في الإجارة ينفرد المستأجر بالرد قبل القبض وبعد القبض وفي البيع ينفرد المشترى بالرد قبل القبض وبعد القبض يحتاج إلى القضاء أو الرضا.

وروى إبراهيم عن محمد رجل آجر من آخر دارا أشهرا مسماة ببدل معلوم على أنه بالخيار فيها شهر ودفعها إلى المستأجر فسكنها المستأجر قبل إجازة رب الدار الإجارة فلا أجر عليه فيما سكن، وإنما يجب عليه الأجر فيما يسكن بعد إجازة المالك، وجعل الخيار للإجارة كالمعدوم في حق الحكم، كما في باب البيع.

وعن إبراهيم عن محمد أيضا رجل قال لغيره: استأجرتك اليوم على أن تنقل هذا الليل إلى موضع كذا، وذلك لا ينقل إلا في أيام كثيرة، قال: هذا على اليوم ولا يكون على العمل.

والأصل: أن المستأجر متى جمع بين العمل وبين الإضافة إلى الزمان في العقد، ومثل ذلك العمل بما لا يقدر الأجير على تحصيله في ذلك الزمان، كان العقد على الزمان، وكان استحقاق الأجر معلقا بتسليم النفس في ذلك الزمان؛ لأن الإجارة نوع بيع فيراعى له كون المبيع مقدورا عليه.

وفي «النوازل» : إذا قال لآخر: أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم على أن أهب لك أجر شهر رمضان، أو قال على أن لا أجر عليك في شهر رمضان، فهذه إجارة فاسدة.

وفيه أيضا: أجر حماما سنة ببدل معلوم على أن يحط عنه أجر شهرين للتعطيل، فالإجارة فاسدة؛ لأن هذا شرط بغير مقتضى العقد؛ لأن مقتضاه لا يلزمه أجرة أيام التعطيل شهرا كان أو أكثر أو أقل فتحكمه بحط أجرة شهرين يخالف

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٣٧١/٧

مقتضى العقد، حتى لو قال: على أن مقدار ما كان معطلا فلا أجر عليه فيه يجوز لك هذا، يوافق مقتضى العقد ويقرره. وهو نظير ما قال في «الجامع الصغير» إذا اشترى زيتا على أن يحط عنه." (١)

"الإجارة فتوقف على إجارة العبد، ونفذ بإجارته والمبدل وهو المنافع بعد العتق للعبد فكان البدل له أيضا ولو قال العبد: إني حر، وقد فسخت الإجارة ولم يكن له بينة ودفعه القاضي إلى مولاه وأجبره المولى على العمل ثم أقام بينة أنه حر، وأن المولى أعتقه قبل الإجارة فلا أجر للعبد ولا للمولى ولو لم يقل فسخت كان الأجر للعبد، ولو كان غير بالغ فادعى العتق وقد أجره المولى وقال: قد فسخت ثم عمل، وباقي المسألة بحاله فالأجر للغلام.

قال في «الكتاب» : وهو بمنزلة لقيط في حجر رجل أجره، وفي المسألة نوع **إشكال**؛ لأنه تبين أن المولى كان أجنبيا عنه، وأن عقده يوقف على إجارته فينبغي أن يعمل فسخه حتى لا يكون له الأجر ثم أشار إلى **الجواب**، وقال: هذا بمنزلة لقيط في حجر رجل أجره.

وبيان ذلك: أن الملتقط إنما ملك إجارة اللقيط لأنه بالإجارة يجعل ما ليس بمتقوم في حقه متقوما، وإنه نظر في حق الصغير وهذا المعنى يقتضي أن يملك المولى إجارة معتقة، إذا كان صغيرا في حجره فينفذ عقد المولى الإجارة عليه بصفة اللزوم فلا يملك فسخها بعد ذلك.

قال في «القدوري» : وإذا أجر الرجل عبده سنة فلما مضت ستة أشهر أعتقه فعتقه جائز، لأنه اعتق ملك نفسه والرقبة بعد الإجارة باقية على ملك المولى فينفذ عتقه، وكان العبد بالخيار إن شاء مضى على الإجارة وإن شاء فسخ، وهذا بناء على ما قلنا: أن عقد الإجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها، والمنافع بعد العتق حدث على ملك العبد، فيصير العقد في حق المنافع الحادثة بعد العتق كأنه صدر من الفضولي فتوقف على الإجازة، وإذا أجاز لم يكن له أن ينقض بعد ذلك وأجر ما مضى للسيد وما بقي للعبد لأن الأجر بدل المنافع والمنافع بعد العتق ملك العبد، ونفذ العقد عليها بإجارة العبد فكان بدلها للعبد، وليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة من المولى؛ لأن قبض البدل من حقوق العقد، فثبت للعاقد والعاقد هو المولى، وإن كان المولى حين أجر العبد استعجل الأجرة ثم أجاز العبد بعد العتق، فالأجرة كلها للسيد؛ لأن الأجرة تملك بالتعجيل وفي تلك الحالة المبدل على حكم ملك المولى، فصارت الأجرة مملوكة للمولى، وبالإجارة عن العبد تقرر حكم ذلك الملك فلا يتغير بالعتق.

ولو كان العبد هو الذي آجر نفسه بإذن المولى، ثم عتق بعد ما مضى مدة فله حق الفسخ، والعبد هو الذي يلي قبض الأجرة؛ لأن العقد كان منه ولو آجر المكاتب عبده، ثم عجز ورد في الرق، فالإجارة باقية في قول أبي يوسف وقال محمد: تنقض الإجارة.£

ولو استأجر عبدا ثم عجز بطلت الإجارة في القولين، ولو أجر الرجل عبدا له ثم استحق وأجاز المستحق الإجارة، فإن

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٤١٧/٧

كانت الإجارة قبل استيفاء المنفعة جاز وكانت الأجرة للمالك لأن الإجارة في الانتهاء كالأذن في الابتداء، وإن أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تعتبر الإجارة والأجرة للعاقد؛ لأن المنافع قد مضت وتلاشت (٢٥ب٤) .." [١]

"وإن شاء ترك فكذلك هذا.

فرق بين هذا وبينما إذا استأجر حماما سنة بكذا فلم يسلم إلى المستأجر شهرين ثم سلم في الباقي وأبى المستأجر فإنه يجبر على قبضه والصفقة تفرقت على المشتري قبل التمام ولم يثبت الخيار للمستأجر ثمة وأثبت هاهنا.

ووجه الفرق بينهما: أنه كان المستأجر حماما واحدا ولم يسلم في بعض المدة فإنما تفرقت الصفقة في حق المنافع لا في حق العين، فإنه سلم العين كله؛ لأنه لم يفت من العين شيء وتفرق التسليم في حق المنافع لا يثبت للمشتري خيارا لأنه لم يستحق على الآجر تسليم المنافع جملة؛ لأنه ليس في وسع الآجر ذلك وإنما لا يستحق عليه تسليمه جملة (٤٠ب٤) لا يثبت للمشتري خيارا كما لو ملك أعيانا بصفقات متفرقة، فأما إذا هلك أحد الحمامين فقد تفرق على المستأجر تسليم ما استحق على الآجر تسليمه جملة وتسليم العين جملة ممكن ويفرق التسليم قبل إتمام على العاقد فيما استحق تسليمه جملة يثبت له خيارا، فقد فرق بين المسألتين من هذا الوجه هذا إذا انهدم أحدهما قبل القبض، فأما إذا انهدم أحدهما بعد القبض فلا خيار للمستأجر؛ لأن الصفقة تفرقت بعد التمام على وجه لم يوجب تعييب الباقي، فإن انهدم أحدهما لا يوجب خللا في منفعة الباقي لتباين مرافقهما وتفرق الصفقة بعد التمام إذا لم يوجب تعييب الباقي لا يثبت للمشتري خيارا.

كما لو اشترى عبدين وقبضهما ثم هلك أحدهما بعد القبض قالوا: وعليه **إشكال** كان يجب أن يثبت الخيار هاهنا، وإن انهدم أحدهما بعض القبض؛ لأن الصفقة تفرقت قبل التمام؛ لأن المنافع لم تصر مقبوضة بقبض الحمام ولا تتم الصفقة إلا بقبض المعقود عليه إلا أن **الجواب** عن هذا **الإشكال** ما ذكرنا أن الصفقة تفرقت قبل التمام في حق المنافع أما في حق العين تفرق بعد التمام وتفرق الصفقة في حق المنافع لا يثبت للمستأجر خيارا.

لأنه لم يستحق على الآجر تسليمه جملة؛ لأنه ليس في وسع الآجر ذلك وإنما استحق تسليمه متفرقا على حسب ما وجد وتفرق التسليم فيما استحق تسليمه متفرقا لا يثبت للعاقد خيارا، فأما إذا انهدم قبل القبض فقد تفرق التسليم في حق العين قبل التمام وتفرق التسليم في حق العين يثبت للعاقد خيار الفسخ؛ لأنه استحق تسليمه جملة لما كان في وسع الآجر تسليمه جملة، هذا إذا كان المستأجر حمامين، فأما إذا كان المستأجر حماما واحدا ثم انهدم بيت منها كان له الخيار سواء انهدم قبل القبض أو بعده أما قبل القبض فله الخيار لوجهين.

أحدهما: أن الصفقة تفرقت في حق العين قبل التمام.

والثاني: إن انهدام بيت منها يوجب تعينا في منفعة الباقي؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بها منفعة الحمام إلا بالكل وإن انهدم بعد

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٤٥٦/٧

القبض ثبت له الخيار بسبب العيب؛ لأن انهدام بيت منها أوجب خللا في منفعة الباقي وإنه عيب حدث قبل قبض المعقود عليه، فأثبت للمستأجر خيارا.." (١)

"وكما في بيع العين إذا اختلفا في نوع العقد بعد الهلاك إلا أن **الجواب** عنه أن الاختلاف في نوع العقد بعد القبض إنما يوجب التحالف إذا كان إيجاب التحالف يفيد ثمرته وهو التراد كما في صبغ يوجب الزيادة وكما في بيع العين فإنهما متى حلفا ولم يثبت واحد من العقدين، فإنه يجب رد العين إن كان قائما ورد القيمة إن كان هالكا، فكان التحالف مفيدا ثمرته أما ها هنا التحالف لا يفيد ثمرته التراد، ولا يجب التراد متى حلفا ولم يثبت واحد من العقدين عند أبي حنيفة رحمه الله لا يجب رد العمل؛ لأنه غير ممكن ولا رد القيمة لأن مجرد العمل لا يتقوم بغير عقد وهنا يصير بغير عقد متى حلفا، فلهذا لم يجب التحالف وإذا لم يجب التحالف جعلنا القول قول رب الثوب؛ لأنه ينكر الأجر ويقوم عمله.

وكان **الجواب** في هذه المسألة عند أبي حنيفة **كالجواب** عند الكل فيما إذا اختلفا في نوع العقد في مسألة الحمل والقصارة وثمة لا يتحالفان عندهم جميعا وعندهما يتحالفان ومتى حلفا يجب على رب الثوب قيمة ما زاد الصبغ، فيه فيفيد التحالف، ثمرته وهو التراد عندهما فيتحالفان عندهما كما في بيع عين بعد الهلاك عند الكل.

قال: ولو أن رجلا اختلف هو والقصار في أجر ثوب، فقال: القصار عملته بربع درهم وقال رب الثوب: عملته بقيراط فهذا على وجهين: إما أن يختلفا في مقدار الأجر قبل الشروع في العمل أو بعد الفراغ من العمل، فإن اختلفا في مقدار الأجر قبل الشروع في العمل أو بعد الفراغ من العمل، فإن اختلفا في مقدار الأجر قبل الشروع في العمل فإنهما يتحالفان ويترادان وهكذا **الجواب** فيما تقدم من المسائل لو اختلفا في مقدار الأجر قبل الشروع في العمل تحالفا وترادا وذلك؛ لأن الإجارة نوع بيع فإنه بيع المنفعة فيعتبر بيع العين.

ولهذا لم يثبت الحيوان دينا في الذمة في الإجارة كما في بيع العين وفي بيع العين، لو اختلفا في مقدار البدل حال إمكان الفسخ يتحالفان ويترادان فكذلك هذا فأما إذا اختلفا في مقدار الأجر بعد الفراغ من العمل، ذكر أن القول قول رب الثوب مع يمينه ولم يحكم قيمة ما زاد القصارة فيه.

فرق بين هذا وبين مسألة الصباغ إذا صبغه بعصفر أو زعفران، ثم اختلفا في مقدار الأجر فإنه يعتبر قيمة ما زاد الصبغ فيه. ووجه الفرق بينهما أن يحكم قيمة ما زاد الصبغ فيه حال اختلافهما في مقدار الأجر ممكن؛ لأن لإيصال هذا الصبغ ثبوته موجب معلوم على صاحب الثوب لو حصل من غير عقد وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في التسمية كأنهما تصادقا على ذلك، ثم ادعى أحدهما ما يغيره إما إلى زيادة أو نقصان ما ليس لاتصال القصارة وينوب غيره موجب معلوم لو جعل بغير عقد فإن من قصر ثوب إنسان بغير عقد فإنه لا يضمن صاحب الثوب له شيئا

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٥٣٣/٧

إن قصر من غير مال اتصل به فلا **إشكال**؛ لأن المتصل ثبوته مجرد عمل ومجرد العمل لا يتقوم من غير عقد فلا شبهة عقد وإن قصر." (١)

"بل أحدثته، فالقياس أن يكون القول قول رب الدار مع يمينه؛ لأنه بائع الأرض والبناء تكون هذه الأشياء مركبا بالأرض، والبناء والأرض لرب الدار فكذلك ما كان تبعا للبناء والأرض يكون له.

ألا ترى أنهما لو اختلفا في خشب السقف أو في الباب المركب أو في العلو كان القول قول المستأجر.

ووجهه أن العرف فيما بين الناس أن المستأجر هو الذي يحدث هذه الأشياء فكان العرف شاهد للمستأجر فالتبعية بسبب التركيب شاهد لرب الدار أنه له فلم صار شاهد المستأجر أولى من شاهد رب الدار.

والجواب عنه أن يقال: بأن التركيب محتمل بين أن يكون من المستأجر وبين أن يكون من صاحب العمل؛ لأن كل واحد منهما يحدث ذلك وله فعله فقد استويا في التركيب ثم يرجح الحدوث من المستأجر بدلالة العرف فصار شاهد المستأجر أولى من هذا الوجه، وهكذا **الجواب** في الطحان وسائر الصناع إذا اختلفا فيما يحدثه الصناع في العرف والعادة دون الآجر، فالمسألة على القياس والاستحسان، والحاصل في جنس هذه المسائل أن كل شيء يحدثه المستأجر عادة لحاجته إليه، فالقول قول المستأجر.

ولو اختلف رب الدار والمستأجر في بناء من بناء الدار غير ما ذكرنا أو في باب أو في خشبة أدخلها في السقف، فقال رب الدار: أنا أجرتك وهذا فيها وقال المستأجر: بل أنا أحدثت فإن القول في هذا قول رب الدار مع يمينه؛ لأنه تابع لأرضه وبنائه ولا عرف أن المستأجر هو الذي يحدث ذلك فيكون لرب الدار وما كان له في الدار من لبن موضوع رطب أو يابس أو جذع موضوع أو آجر أو جص فهو للمستأجر؛ لأنه في يده حقيقة وحكما ولم يعرف كونه في يد صاحب الدار فيكون القول قول المستأجر.

وإنما قلنا: إنه في يده أما حقيقة فلا **إشكال** وأما حكما فلأنه ليس بتابع للدار؛ لأنه غير مركب فيه بل موضوع فيه، فإن أقاما جميعا البينة على ذلك ففي كل شيء جعل قول المستأجر قال: ألحقه رب الدار؛ لأن رب الدار يدعي خلاف الظاهر.

ولو اختلفا في الجص أو في السيرة أو في التنور، فالقول فيه قول رب الدار قيل: هذا في التنور، بناء على عرفهم أما في عرفنا فالقول قول المستأجر؛ لأن المستأجر هو الذي في يده في عرفنا.

ولو انهدم بيت من الدار فقال المستأجر: نقضه لي وقال رب الدار: بل هو لي إذا عرف انهدام فالقول قول رب الدار وإن كان النقض منقولا فالقول قول المستأجر لكونه في يده لأن هذا مشغول وإن كان في يد المستأجر حقيقة إلا أنه عرف كونه في يد صاحب الدار إذا عرف أنه ينقض بيت انهدم، وفي المنقول إنما يجعل القول قول ذي اليد إذا لم يعرف أنه في يد المدعي (٤٣آ٤) فأما إذا علم فالقول قول المدعي وإن كان لا يعرف فالقول قول المستأجر؛ لأنه في يده ولم يعرف أنه

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٥٣٩/٧

في يد المدعي وإن كان رب الدار أمر المستأجر أن يبني في الدار على أن يحسب له ذلك من الأجر واختلفا فقال المستأجر: أمرتني بالبناء وقد بنيت وقال رب الدار: لم يبن فالقول قول رب الدار مع يمينه؛ لأنه." (١)

"يضمن بالعقد كمال كالدم، فإنه لا يجب الضمان فيه على الأجير. وإنما شرطنا أن يكون في وسع الأجير دفع ذلك الفساد؛ لأن العقد إنما ينعقد على ما في وسع الأجير لا على ما ليس في وسعه.

نوع آخر في الحمال ومكاري الدابة والسفينة

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» : في رجل استأجر حمالا ليحمل له دنا من القراب إلى مكان معلوم بأجر معلوم، فوقع الحمال في بعض الطريق وانكسر الدن.

فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له.

وإن شاء ضمنه في المكان الذي انكسر وأعطاه من الأجر بحساب ذلك. وهذا مذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله؛ لأن الحمال أجير مشترك هلك العين في يده لوقوعه، وعثاره، والتحرز عنه ممكن في الجملة، فيجب عليه الضمان عندنا لما مر والمستأجر بالخيار على ما بينا؛ لأن الحمال موافق من وجه فإنه أمر بالحمل، وقد حمل مخالف من وجه؛ لأنه أمره بالحمل على وجه يصير الدن محمولا إلى مكان معين، ولم يأت بذلك الحمل.

فإن شاء مال إلى جهة الخلاف، وضمنه في المكان الذي حمل ولا أجر؛ لأنه لم يسلمه العمل.

وإن شاء مال إلى جهة الوفاق وضمنه في المكان الذي انكسر، وأعطاه من الأجر بحساب ذلك. وفي هذه المسألة **إشكالان**:

أحدهما: أنه قال له أن يضمنه قيمته في المكان الذي حمل، ولم يوجد منه سبب ضمان في ذلك المكان.

والثاني: أنه قال: إذا ضمنه قيمته في المكان الذي انكسر أعطاه الأجر بحسابه جمع بين الأجر والضمان، والأجر مع الضمان لا يجتمعان على مذهبنا **والجواب** عن **الإشكال** الأول: لا بل وجد سبب الضمان في ذلك المكان. وهذا لأن سبب الضمان وإن كان هو من عمله ذلك حالة الانكسار، إلا أن الفساد الحاصل من عمله استبدالي حالة العقد؛ لأن الانكسار من عمله إنما أوجب الضمان باعتبار العقد، فإنه بدون عقد الإجارة الأجير يكون معينا في الحمل، ولا ضمان على المعين ولما كان وجوب الضمان باعتبار العقد كان سبب وجوب الضمان العقد من حيث الاعتبار، والحكم يضاف إلى السبب، فقد وجد سبب الضمان في المكان الذي انكسر من عمله، فلهذا يخير.

والجواب عن **الإشكال** الثاني: الأجر مع الضمان إنما لا يجتمعان عندنا في حالة واحدة، وقد اختلف الحالة هاهنا بيانه: أنه إذا ضمنته قيمته في المكان الذي انكسر، فقد جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل إلى المكان الذي انكسر، فالأجر يجب له في حالة الأمانة، وإنما صار مضمونا عند الكسر. وهذه حالة أخرى بعد انقضاء حالة الأمانة. ومثل هذا جائز.

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٧/٥٤٥

ألا ترى أنه لو حمل المتاع إلى ذلك المكان المعين، ثم أحرقه أو طرحه فإنه يضمن قيمته في ذلك المكان الذي أحرقه أو طرحه، ولا يبطل الأجر، لأن الأجر." (١)

"أنفق لا يرجع على أحد بشيء إلا أن يكون الآمر ضمن له النفقة.

فإن كان لا يعلم بذلك رجع على الآمر بالنفقة، وإن كان لم يضمن له الآمر النفقة، فإن كان استأجر أجيرا لحفظه فالأجر عليه.

وفي «الفتاوى» : إذا استأجر مشاطة ليزين العروس فالإجارة فاسدة، والأجر مكروه غير طيب لها إلا أن يكون على وجه الهدية من غير شرط ولا يتقاضى، فيكون أهون وفيه نظر.

والصواب أن يقال إذا استأجرها مدة معلومة أو كان العمل معلوما أنه يجوز الإجارة ويطيب لها الأجر لأن تزيين العروس ليس بمعصية، بل هو مباح فصار كسائر الأعمال المباحة.

وفي «فتاوى الفضلي» : الدلالة في النكاح لا يستوجب الأجر وبه كان يفتي رحمه الله، وغيره من (٤٦٢آ) مشايخ زمانه كانوا يفتون بوجوب أجر المثل لهما، لأن معظم الأمر في النكاح يقوم بها، ولها سعي في إصلاح مقدمات النكاح، فيستوجب أجر المثل بمنزلة الدلال في باب البيع، وبه يفتى.

وفيه أيضا أهل بلدة ثقل عليهم مؤنات العمال فاستأجروا رجلا بأجرة معلومة ليذهب ويرفع أمرهم إلى السلطان الأعظم، ليخفف عنهم بعض التخفيف، وأخذ الأجرة من عامتهم غنيهم وفقيرهم، ذكر أنه إن كان بحال لو ذهب إلى بلد السلطان يتهيأ له إصلاح الأمر بيوم أو بيومين جازت الإجارة، وإن كان بحال لا يحصل ذلك إلا بمدة وقتوا للإجارة وقتا معلومة، فالإجارة جائزة، والأجر كله له، وإن لم يوقتوا فالإجارة فاسدة وله أجر مثله والأجر عليهم على قدر مونتهم، وهذا نوع توسيع واستحسان، أما على جواب الكتاب لا تجوز هذه الإجارة إلا مؤقتة، وبه يفتى. وهكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في باب الرشوة من شرح «أدب القاضي» أن هذه الإجارة لا يجوز إلا مؤقتة، وإن كان مدة الإصلاح يوما أو يومين.

قال في «الأصل» : رجل تزوج امرأة فنزل عليها وهي في منزل بكر، فمكث عندها سنة فجاء صاحب المنزل يطلب أجر منزله، فقالت المرأة: أجر منزله عليك. فقال الزوج: إنما استكريت بأجرة عليك. وقالت المرأة: قد أخبرتك أنه معي بأجر. وقال الرجل: ما أخبرتني أنها تسكن بأجر، فإنه لا عبرة لإنكار الزوج إنها لم تخبره لأنها وإن أخبرته فلا أجر عليه، وإنما لم يكن على الزوج أجر لأن الزوج ليس بعاقد ولا بضامن عنها الأجر لرب المنزل، فلا يجب عليه الأجر فإن ضمن الأجر عنها لرب البيت، الآن يؤاخذ الزوج بالأجر لأنه كفل عنها بالأجر لرب المنزل، والكفيل يؤاخذ بما كفل به، فإن أدى لا يرجع سواء كفل بإذنها أو بغير إذنها، إن كان بغير إذنها فلا إشكال، كما لو كفل عنها بدين آخر، وإن كان بإذنها فكذلك،

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٥٨٨/٧

وذلك لأن العرف أن الزوج إنما يضمن عنها أجر المسكن على سبيل الصلة، لا ليرجع بذلك عليها لأن الإسكان عليه، والمعروف كالمشروط فكأنه شرط في الكفالة أن يكفل عنها، ولا يرجع بذلك عليها ولو صرح أن لا." (١)

"لما حلف فسد البيع في الجراب؛ لأنه انتفى البيع عن الثوب الحادي عشر بحلفه ومبين أنه باع عشرة أثواب من أحد عشر من الجراب، وإنها مجهولة وجهالة المبيع يوجب فساد العقد وفي هذه المسألة **إشكال** من وجهين:

أحدهما: أنه قال: يحلف البائع، ولم يقل يتحالفان وكان ينبغي أن يتحالفا لأنهما اختلفا (١٠١ب٤) في مقدار المعقود عليه، والاختلاف في مقدار المعقود عليه بمنزلة الاختلاف في مقدار الثمن، ولو اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان، فكذا إذا اختلفا في مقدار المعقود عليه.

والثاني: أنه جعل القول قول البائع مع اليمين فكان ينبغي أن يقول: القول قول المشتري، لأن المشتري يزعم جواز العقد والبائع يزعم فساده، والمتبايعان إذا اختلفا في جواز العقد وفساده كان القول قول من يدعي الصحة.

والجواب: أما **الإشكال** الأول قلنا: إنما لم يقل يتحالفان؛ لأن بحلف البائع يفسد العقد وبعدما فسد العقد لا يفيد تحليف المشتري، لأن التحليف لرجاء النكول الذي هو إقرار، ولو أقر بما ادعاه البائع صريحا كان العقد فاسدا، لأن فيه ثوبا أبدا لم يدخل تحت العقد فلم يكن في تحليفه فائدة، فلهذا لا يحلف المشتري وأما **الإشكال** الثاني، قلنا: الاختلاف هاهنا ما وقع في فساد العقد وجوازه، وإنما وقع في وجود العقد وعدمه في الثوب الحادي عشر، فهو المقصود من هذه الخصومة.

والاختلاف إذا وقع في وجود العقد وعدمه، كان القول قول من ينكر الوجود، والمنكر لوجود العقد في الثوب الحادي عشر هو البائع، فيجعل القول قوله، وإذا جعل القول قول البائع ينتفي البيع عن الثوب الحادي عشر، ومن ضرورته فساد العقد في الباقي، ففساد العقد في الباقي من نتائج اختلافهما في وجود العقد وعدمه في الثوب الحادي عشر، لا أن يكون الاختلاف في صحة العقد وفساده.

وفي كتاب «الأقضية» : سئل أبو سليمان عن رجل قال: اشهدوا أن امرأتي فلانة بنت فلان طالق، فجاءت امرأة وخاصمته في المهر والنفقة، فقال الزوج: هذه ليست هي التي كانت امرأتي، ولا هي فلانة بنت فلان، فإن كانت لها بينة على ذلك أخذ بينتها وإن لم يكن لها بينة وأرادت استحلافه لا يحلف على أنها ليست فلانة بنت فلان وإنما يحلف على حاصل الدعوى فيحلف بالله مالها قبلك حق في المهر والنفقة التي تدعي.

وهذا لأن الاستحلاف إنما يكون على أصل الحق وعلى سبب الحق والسبب ليس بحقها، وليس بسبب لاستحقاق المهر والنفقة، فلا يستحلف عليه، ولكن يستحلف على الحاصل وبه يقع الاستغناء عما سواه، ويحصل النظر من الجانبين.

وكذلك إذا أقر رجل عند القاضي أن لفلان بن فلان علي ألف درهم، فجاء رجل وقال: أنا فلان بن فلان، وقال المقر:

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٦٤٤/٧

هذا ليس بفلان بن فلان، والمال ليس له فالقاضي لا يحلف المقر على السبب وإنما يحلفه على أصل الحق، والمعنى ما ذكرنا. وقال ابن سماعة: في رجل أقر أن فلان بن فلان أودعني ألفا ثم جاء رجل وادعى." (١)

"وفي كتاب «الأقضية» : ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله في رجل ضمن لرجل ما باع فلانا من شيء، فقال الطالب: قد بايعت فلانا بيعا بألف درهم، فجحد الضامن ذلك، فشهد عليه ابناه أنه قد بايعه بيعا بألف درهم، فإن شهادتهما جائزة؛ لأن هذه شهادة على أبيهما فقبلت، وكذلك إذا جحد الضامن، فشهد ابناه أن فلانا أمرك أن تضمن عنه وأنك ضمنت عنه لفلان ما باعه من شيء، وقد باعه بيعا بألف درهم، قال: شهادتهما جائزة، ويؤخذ بالألف ويرجع بها على الذي أمره أن يضمن عليه، فقد جوزت شهادتهما على الضمان وعلى الأمر، حتى قال: يؤخذ بالألف ويرجع بها على الذي أمره أن يضمن عنه.

أما قبول الشهادة على الضمان فظاهر، وأما قبول الشهادة على الأمر ورجوع الأب على الأمر بالضمان مشكل، أما الشهادة على الأمر فوجهين: أحدهما: أن الشهادة في حقوق العبد لا تقبل إلا بعد سابقة الدعوى ولم يوجد؛ لأن الضامن يجحد الأمر والضمان جميعا، ولا حق للطالب في الأمر ليدعيه، فكيف تقبل هذه الشهادة. والثاني: أن الشهادة على الأمر شهادة لأبيهما؛ لأن فيه منفعة خالصة من غير شوب مضرة، فإنه يرجع بما يؤدي على الأمر والشهادة لأبيهما لا يجوز أن تقبل.

وأما رجوع الأب على الذي عليه الأصل مشكل؛ لأن في زعمه أنه لا رجوع له على الذي عليه الأصل **الجواب** عنه: أما الأول فنقول هذه شهادة بعد دعوى صحيحة من الطالب، فإنه يدعي الضمان بأمر، وهو أحد نوعي الضمان، وقد أثبت ذلك بهذه البينة.

قوله: لا حق للطالب في الأمر، فكيف يعتبر دعواه، قلنا: ليس كذلك، بل للطالب فيه حق، فإنه لو ثبت الأمر بتساهل الكفيل في الأداء لأنه إنما يؤدي بعوض، وإذا لم يثبت الأمر يؤدي بغير عوض، فيتعاسر في المدا فثبت أن له حقا في الكفالة والأمر جميعا، فصحت دعواه وقبلت هذه البينة لما قلنا إنهما شهادة على أبيهما.

قوله: بأن الشهادة بالأمر شهادة لأبيهما، فإنه يرجع بما يؤدي على الأمر، قلنا: فيه روايتان، في رواية: لا يرجع به عند الأداء، ووجهه ما ذكرنا في **الإشكال**، وعلى هذه الرواية يرجع به، ووجه قبول هذه الشهادة أن هذه شهادة على الأب؛ لأن الكفالة بأمر دائر بين الضرر والنفع من حيث إنه يجب عليه الأداء من ماله فيه ضرر، ومن حيث إنه يستوجب الرجوع به على الأصيل فيه نفع، ولكن قد ذكرنا أن المنفعة المجحودة لا عبرة لها، وهي مجحودة ههنا، فلهذا اعتبرناها شهادة على أبيهما. وقوله: بأن من زعمه أنه ليس له حق الرجوع على الأصيل، فكيف يرجع إليه، قلنا: صار مكذبا في زعمه، حيث قضى القاضي بخلافه عليه، فلا يعتبر زعمه أصلا.

قال في كتاب «الحوالة» : رجل كفل عن رجل بمال بأمره، فشهد على ذلك ابنا المطلوب الذي عليه الأصل، فهو جائز

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٢٠٧/٨

ويؤاخذ الكفيل بالمال، وإذا أدى يرجع على الذي عليه الأصل، أما جواز شهادتهما في حق الكفيل، فلأنهما أجنبيان عنه غير متهمين في حقه، فقبلت شهادتهما، وأما في حق الأصيل بالرجوع عليه؛ لأنها شهادة على أبيهما، فقبلت.." (١)

"يمنع قبول الشهادة ولو لم يكن الأمر على هذا الوجه.

ولكن ادعى رجلان دارا أو عبدا أو عرضا من العروض في يدي ورثة الميت أن الميت غصبه ذلك، وشهد لهما شاهدان بذلك، ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين ألف درهم فإن الشهادة كلها جائزة، كذا ذكره الخصاف رحمه الله، وهذا يجب أن يكون على الروايات كلها؛ لأن تهمة الشركة لا تتأتى ههنا، وكذلك لو لم يدعيا الغصب ولكن ادعيا الشراء من الميت ونقد الثمن، كان **الجواب** كما قلنا في دعوى الغصب؛ لأن ما باعه الميت في حياته لا يكون تركة له، فلا يتعلق حق الغرماء بذلك العين فلا تتأتى تهمة الشركة، وهذا يجب أن يكون على الروايات كلها، وكذلك إذا ادعى أحد الفريقين عينا وادعى الفريق الآخر عينا آخر تقبل شهادتهم، وهذا أيضا يجب أن يكون على الروايات كلها، وكذلك إذا ادعى أحد الفريقين الوصية بعد تعيينه، وادعى الفريق الآخر الوصية بعين آخر قبلت شهادتهم بالاتفاق، ولو ادعى أحدهما الوصية بالثلث وادعى الآخر الوصية بعد بعينه أو بعين آخر لا تقبل شهادة الفريقين؛ لأن صاحب الثلث يشارك الآخر في العبد فيتمكن تهمة الشركة وفي المسألة **إشكال**، وكذلك لو ادعى أحدهما الوصية بالثلث وادعى الآخر الوصية بالسدس لا تقبل شهادة الفريقين؛ لان تهمة الشركة تتأتى ههنا، وفي كل موضع لا تقبل شهادة الفريقين لا تقبل شهادة ابنيهما وأبويهما ونسوتهما مع رجل آخر، وفي كل موضع تقبل شهادتهما تقبل شهادة ابنيهما وأبويهما وامرأتيهما مع رجل، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا وقعت الشركة في المشهود به لا تقبل شهادتهما، وإذا لم يقع في المشهود به شركة، فإن كان القاضي يعرفهما بالعدالة قبلت شهادتهما (١٣٥ب٤) .

وإن لم يعرفهما بالعدالة أو شك في أمرهما، لا تقبل شهادتهما، لأن كل فريق يجر النفع إلى الآخر فيتمكن تهمة المواضعة، فيتفحص القاضي من حالهما ولا تقبل شهادتهما حتى يظهر عنده عدالتهما، وهو نظير ما روي عن أبي يوسف رحمه الله فيمن ادعى عينا في يدي إنسان فقال ذو اليد: إنه لفلان أودعنيه، وأقام البينة على ذلك لا تندفع عنه الخصومة إن كان معروفا بالحيل والأباطيل، وإن كان معروفا، بالعدالة والأمانة، تندفع عنه الخصومة، فما روي عنه هاهنا مستقيم على أصله، ولو شهد أحد الفريقين لصاحبه بالدراهم، وشهد الآخر بالدنانير، تقبل شهادة الفريقين، ذكره في «البقالي» .

وفي «المنتقى» رجل في يديه دار مات فجاء أربعة رجال وادعى رجلان منهم نصف الدار شائعا أنهما اشترياه من الميت، وشهد لهما الآخران بذلك ثم ادعى الآخران أنهما اشتريا النصف الباقي من الميت، وشهد لهما المدعيان الأوليان، فإن شهادتهم باطلة؛ لأنهم يصيرون شريك في الدار، وكذلك إذا كان القاضي قد قضى للأولين ثم ادعى الآخران وشهد لهما الأولان، فإني أبطل القضاء كله، وإن كانت الشهادة على نصف دار مقسومة لهذين، وعلى نصف دار مقسومة لهذين فإن

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٣٤٦/٨

كان لكل نصف باب على حده وطريق على حده فالشهادتان جائزتان، وإن كان بابهم واحدا وطريقهم واحدا أبطلت." (١)

"سدس القيمة مما وجب عليهما محولا إلى الأخرى، فلا يكون ذلك مانعا قبول شهادتهما.

فكذلك لو كانا دفعا نصف القيمة إلى الأولى بقضاء أو بغير قضاء ثم شهدا للأخرى لا تقبل شهادتهما، لأنهما بهذه الشهادة يريدان إبطال بعض ما ملكا من الأولى وهو السدس، وإذا لم تقبل شهادتهما بقيت الأخرى أمة للأولى وابن العم، ولا يضمن الشاهدان للأخرى شيئا، وإن أقرا لهما بسدس القيمة إلا أنها لما بقيت أمة كان الإقرار لها إقرارا لمولاها ومولاها ابن العم والجارية الأولى وهما يكذبان الشاهدين في إقرارهما للأخرى بشيء، ومن أقر لمملوك إنسان بشيء وكذبه مولاه يبطل إقراره، فإن عتقت الأخرى يوما من الدهر يضمن الشاهدان لها سدس قيمتها؛ لأنهما أقرا للأخرى بسدس قيمتها وهي تصدقهما في ذلك، فيضمنان لها ذلك، وهذا لا يشكل فيما إذا دفعا النصف إلى الأولى بقضاء قاض فلا يكون عليهما ضمانه، فكان عليهما ما بقي إلى ثلث قيمتهما، وذلك سدس قيمتهما لا غير إنما يشكل فيما إذا دفعا نصف قيمتها إلى الأولى بغير قضاء، وفي هذا الوجه يجب أن يضمنا للأخرى ثلث قيمتهما؛ لأنهما أقرا للأخرى بثلث قيمتهما ودفع السدس إلى الأولى كان بغير قضاء، فلا يبرآن منه، فكان عليهما ضمانه، وقد بقي عليهما سدس قيمتهما فيضمنان للأخرى ثلث قيمتهما لهذا.

وأجاب الفقيه أبو إسحاق الحافظ رحمه الله عن هذا **الإشكال**، وقال: بأن القاضي لما قضى عليهما بالسعاية الأولى في نصف القيمة فقد قضى بدفع نصف القيمة إلى الأولى، فبعد ذلك إن وجد القضاء بدفع النصف إليها مرة أخرى فهو تأكيد لذلك القضاء، وإن لم يوجد كان القضاء الأول كافيا، والدفع متى حصل بقضاء يوجب براءة الدافع عن قدر المدفوع، ولو شهدا للأمة الأخرى أنها أخت الميت بعدما شهدا للأولى أنها ابنة الميت لا تقبل شهادتهما، قضى القاضي بشهادتهما أو لم يقض، لأن في قبولها ابتداء إبطالها انتهاء؛ لأنه يظهر أن الميت ترك ابنة وأختا وابن عم، وفي هذه الحالة لا يكون لابن العم شيء لكون الأخت عصبة في هذه الحالة، فظهر أن إعتاق ابن العم العبدين كان باطلا، وأنهما بقيا عبدين وشهادة العبد لا تقبل، ولا يضمن العبدان للأخت شيئا. وإن أقرا لهما بنصف قيمتهما لما قلنا: فإن عتقت يوما من الدهر ضمنا نصف قيمتهما لما مر.

رجل مات فشهد قوم عند القاضي لرجل أنه أخوه لأبيه وأمه ووارثه، لا وارث له غيره فقضى القاضي بذلك وقد كان للميت على رجل ألف درهم، فوهبه الأخ له أو وهب لإنسان عينا من التركة، ثم شهد هذا الموهوب له ورجل آخر لإنسان أنه ابن الميت، جازت شهادتهما، لأن هذه شهادة على الموهوب له، فإنه يبطل بهذه الشهادة ما حصل له بالهبة من العين والدين فكانت هي من أصدق الشهادات، وكان ينبغي أن لا تقبل شهادته فيما إذا كان الموهوب عينا، لأن الموهوب إذا

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٨/٤٠٥

كان عينا فالهبة لا تتم إلا بقبول الموهوب له، فكان هو بهذه الشهادة ساعيا في نقض ما تم به، وهذا مانع قبول الشهادة، **والجواب** عن هذا: أن يقال بأن السعي في نقض ما تم به إنما يمنع قبول الشهادة إذا كان هو لا." (١)

"الغاصب برئ الآخر من الضمان؛ لأنه ملك الرقبة منه كما في القن أو بدل الرقبة كما في المدبر، وإذا ملك الرقبة من أحدهما لا يمكنه التمليك من الآخر، فكان اتباع أحدهما إبراء للآخر عن الضمان فكذلك ههنا.

فإن اختار تضمين الشاهدين كان للشاهدين أن يرجعا على العبد ببدل الكتابة على نجومه لما ذكرنا أنهما بأداء الضمان يقومان مقام المولى في بدل الرقبة، وهو بدل الكتابة، فإذا أدى المكاتب ألف درهم وقبض الشاهدان ذلك؛ فإنه يطيب لهما من ذلك خمسمئة؛ لأنه رأس مالهما ويتصدقان بالزيادة؛ لأنه ربح استفاده من كسب خبيث، وهي شهادتهما الباطلة فإنها بمنزلة الغصب، هكذا ذكر في «الكتاب» ولم يذكر فيه خلافا، ويجب أن يكون هذا على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، فأما على قول أبي يوسف رحمه الله: يطيب له الربح؛ لأنه ربح ما قد ضمن، وإن كان استفاده من كسب خبيث.

وكان **الجواب** في هذه المسألة **كالجواب** فيمن غصب عبدا قيمته خمسمئة ثم ازداد في يده حتى صار يساوي ألفا ثم غصبه رجل آخر، وقيمته يوم غصبه ألف درهم، إذا ضمن المالك الغاصب الأول قيمة خمسمئة يرجع على الثاني بألف درهم، ويطيب له من ذلك خمسمئة لأنه رأس ماله، ويتصدق بالزيادة؛ لأنه ربح استفاده من كسب خبيث عندهما، وعند أبي يوسف رحمه الله: لا يتصدق فهذا على ذلك. قد ذكرنا أن المولى إذا اتبع المكاتب ببدل الكتابة برئ الشاهدين عن الضمان.

قال: ويستوي في ذلك أن علمه المولى برجوع الشاهد أم لم يعلمه، أما إذا علم برجوعه فلا **إشكال**؛ لأنه غير مضطر في اتباع المكاتب لما علم برجوع الشاهدين ووجوب الضمان عليهما، واتباعه المكاتب يتضمن براءة الشاهد عن الضمان، كما في المغصوب منه إذا اختار تضمين أحد الغاصبين، إما الأول، وإما الثاني، مع علمه بغصبهما فإنه يبرأ الآخر، إنه غير مضطر في تضمين الذي ضمنه، فإن له أن يضمن الآخر وإذا لم يكن مضطرا فقد انعقدت معاوضة بالتضمن عن طواعية، فلا يكون له فسخ ذلك، وأما إذا لم يعلم برجوعه فكذلك أيضا، وكان يجب أن لا يكون اختياره اتباع المكاتب إبراء للشاهدين عن الضمان؛ لأنه مضطر في تضمين المكاتب؛ إذ ليس يمكنه تضمين الشاهدين لما لم يعلم برجوعهما، ولما كان مضطرا في اتباع المكاتب يجب أن لا يبرأ الشهود عن الضمان، كالمغصوب منه إذا اختار تضمين الغاصب الأول ولم يعلم بغصب الثاني منه ثم علم، كان له أن يتبع الثاني ويفسخ تضمينه الغاصب الأول؛ لأنه مضطر في تضمين الغاصب الأول لما لم يعلم بغصب الثاني فيجب أن يكون هنا كذلك، إلا أن **الجواب** عنه أن تضمين المكاتب إنما حصل من المولى وهو عالم بوجود سبب الضمان من الشاهد، فإنه علم أنه شهد بزور وأنه ضامن وإن لم يرجع، وإذا علم بوجود سبب الضمان من الشاهد كان بمنزلة ما لو ضمن الغاصب الأول وهو يعلم بغصب الثاني ولو كان كذلك برئ الثاني، فكذلك هذا.

فأما في مسألة الغصب ضمن الأول ولم يعلم بوجود سبب الضمان من الثاني فكان." (٢)

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٥١٣/٨

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٥٥٨/٨

"وجه أولى من إيجابه على المباشر من وجه، وإذا رجع الفروع وحدهم وجب عليهم الضمان وهذا ظاهر، وإن رجع الأصول وحدهم فلا ضمان عليهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وفيه نوع **إشكال**؛ لأنه تعذر إيجاب الضمان على المباشر، فيجب على المسبب كما في الحافر مع الماشي.

والجواب: أن الأصول لو كانوا مباشرين مع الفروع من كل وجه بأن شهدوا جملة بشهادة أنفسهم ثم رجع اثنان لا يجب على الراجعين الضمان؛ لأنه بقي من يقوم بشهادته جميع الحق؛ فلأن لا يجب الضمان هنا، وقد بقي من يقوم بشهادته جميع الحق والراجع سبب من وجه أولى، وهكذا الذي ذكرنا: إذا قال الأصول: كنا أشهدناكما بباطل، فأما إذا قالوا لم نشهدهم أصلا، فلا ضمان على الأصول بلا خلاف؛ لأنه لم يوجد منهم الرجوع لما أنكروا الإشهاد أصلا.

ولو شهد شاهدان على شهادة أربعة وشهد شاهدان على شهادة شاهدين بحق على رجل وقضى القاضي بشهادتهم ثم رجعوا، فعلى قول أبي حنيفة: الضمان على الفريق أثلاثا، ثلثاه على الذين شهدوا على شهادة الأربع، وثلثه على الذين شهدوا على شهادة المسبب وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: الضمان على الفريقين نصفان، وأجمعوا على أنه إذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين وشهد أربعة على شهادة شاهدين والباقي بحاله أن الضمان على الفريقين نصفان، والفرق لهما أن الحكم مقطوع بشهادة الفروع ولهذا لا ضمان على الأصول عند الرجوع عندهما، ولما كان الحكم مقطوعا بشهادة الفروع يجب اعتبار عدد الفروع دون عدد الأصول.
إذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين على رجل بألف درهم وشهد آخران على شهادة شاهد واحد بتلك الألف بعينها وقضى القاضي بالألف بالشهادتين جميعا ثم رجع واحد من الفريق الأول، وواحد من الفريق الثاني كان عليهما ثلاثة أثمان المال، الثمنان على أحد الأولين والثمن على أحد الآخرين؛ لأن الفريق الأول أثبت جميع المال؛ لأنهما قاما مقام شاهدين والفريق الثاني أثبت نصف المال؛ لأنه قام مقام شاهد واحد إلا أن ذلك النصف شائع في النصفين، فإذا بقي واحد من الفريق الأول بقي به نصف الحق، وإذا بقي واحد من الفريق الثاني بقي نصف النصف وهو الربع، إلا أن هذا الربع شائع في النصفين في نصف الباقي ببقاء أحد الأولين، وفي نصف الساقط برجوع أحد الأولين، فصار نصف الربع وهو الثمن داخلا في النصف الذي بقي ببقاء أحد الأولين فلا يظهر ذلك، ونصفه وهو الثمن في النصف الساقط فبقي ذلك القدر ببقاء أحد الآخرين فكان الباقي من الحق بالشاهدين الباقيين خمسة أثمان، فكان التالف برجوع الراجعين ثلاثة أثمان، فيجب ضمان ذلك على الراجعين ولكن أثلاثا؛ لأن الفريق الأول أوجب كل المال، والفريق الثاني أوجب نصف المال فكان الفريق الأول سببا، مثل ما أثبته أحد الآخرين، فيكون العزم عليهما أثلاثا، ولو لم يرجع إلا أحد الأولين كان عليه ربع الحق؛ لأنه بقي ببقاء صاحبه على الشهادة نصف الحق، والآخران أيضا بقيا بنصف الحق، إلا." [1]

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٥٧٦/٨

"نفسه، وترجح صاحب اليد بحكم اليد، وبخلاف ما لو تنازعا في عبد ادعى كل واحد أنه عبده دبره أو أعتقه، وأقاما البينة حيث يقضي ببينة صاحب اليد، لأن هناك الدعوى في الحاصل في الولاء، لأن العتق حاصل للعبد بتصادقهما، وقد استوت البينتان في إثبات الولاء، وترجح بينة صاحب اليد بحكم يده.

هذا إذا لم يذكرا تاريخا، فأما إذا (١٧٦ب٤) ذكرا تاريخا إن كان تاريخهما على السواء، فكذا **الجواب** أنه يقضي للخارج منهما؛ لأن عند استوائهما في التاريخ يسقط اعتبار التاريخ، وتبقى الدعوى في الملك المطلق، وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق، فعلى قول أبي حنيفة للتاريخ عبرة في دعوى الملك المطلق إذا اجتمعا على التاريخ فيقضى لأسبقهما تاريخا إن كان اسبقهما تاريخا الخارج، فلا **إشكال**، لأنهما لو كانا في التاريخ على السواء كان يقضى للخارج، فإذا كان هو سابقا في التاريخ كان أولى، وإن كان أسبقهما تاريخا ذو اليد، فلأنه أثبت الملك في وقت سابق على وقت الخارج، في بينته زيادة إثبات واستحقاق من حيث الوقت إن كان في بينة الخارج زيادة استحقاق من حيث أنه يستحق على صاحب اليد الملك الثابت له بظاهر اليد، فاستويا في إثبات الاستحقاق من هذا الوجه، وترجح بينة صاحب اليد بحكم اليد كما في دعوى النتاج وعلى قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد أولا: للتاريخ عبرة في هذه الصورة كما هو قول أبي حنيفة رحمهم الله، فيقضى لأسبقهما تاريخا، وعلى قول أبي يوسف أولا وهو قول محمد آخرا: إلا عبرة للتاريخ في هذه الصورة، فيقضى للخارج، وما ذكر محمد رحمه الله في الدعوى، وأحدهما وقت قبل وقت صاحبه من قوله، فمن هذه الصورة أنه يقضى أسبقهما تاريخا، فذلك قوله الأول، أما على قوله الآخر يقضي للخارج، روى ذلك أصحاب «الأمالي» عن محمد رحمه الله.

وذكر في «المنتقى» : رجل ادعى عبد في يدي رجل أنه له منذ شهر، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة أنه له منذ سنة، وذكر أن صاحب اليد أولى عند أبي يوسف، وقال محمد رحمه الله: المدعي أولى، وما ذكر من قول أبي يوسف قوله الآخر؛ لأن للتاريخ عبرة على قوله الآخر في دعوى الملك المطلق، فيقضي لأسبقهما تاريخا، وهو ذو اليد، وما ذكر من قول محمد رحمه الله قوله الآخر أيضا؛ لأنه لا عبرة للتاريخ في دعوى الملك المطلق حالة الاجتماع، إنه إذا اجتمع في دعوى الملك المطلق ما يوجب اعتبار التاريخ وما يوجب إلغاءه، أما ما يوجب إلغاءه؛ لأن دعوى مطلق الملك بمنزلة دعوى مطلق الملك بمنزلة دعوى النتاج من حيث إنه دعوى أولية الملك والتاريخ في دعوى النتاج لغو حالة الإجماع وحالة الانفراد على ما يأتي بيانه إن شاء الله.

وأما ما يوجب اعتباره؛ لأن دعوى مطلق الملك يحتمل دعوى التملك من جهة المدعى عليه، بخلاف دعوى النتاج، وهذا يوجب اعتبار التاريخ كما لو ادعى التملك من جهة المدعى عليه بالشراء صريحا، فقد اجتمع في دعوى الملك المطلق ما يوجب اعتبار التاريخ وما يوجب إلغاءه، والعمل بهما متعذر، إذ لا يتصور أن يكون التاريخ معتبرا وغير." [1]

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٩/٢٣

"على بكر، وتبطل بينة المرأة على بكر؛ لأن الدار كانت في يد محمد من حيث الحقيقة إلا أنها من حيث الحكم والتقدير كأنها في يد بكر؛ لأن محمدا يقر بأن اليد والملك في هذه الدار كان لبكر، وأنه استفاده من جهة بكر، ولم يدع بكر مثل ذلك، حتى يبطل إقرار محمد للتعارض والتدافع من جهة محمد، فصح إقرار محمد لبكر، ولو كانت الدار في يد بكر حقيقة، كان **الجواب** على نحو ما بينا: أن بينة المرأة وبينة بكر باطلتان، وبينة محمد مقبولة، وإن كانت الدار في يد المرأة والباقي بحاله، فعلى قولهما: البينات كلها باطلة، أما بينة المرأة على بكر، وبينة بكر على المرأة فلا **إشكال** فيه، وأما بينة محمد على بكر ففيه نوع **إشكال**، ويجب أن تقبل بينة محمد على بكر؛ لأنه ادعى حادثا وأثبته بالبينة، ولا دافع لبينته.

قلنا: محمد أثبت الشراء ببينته من بكر، إلا أن قبض بكر ما اشترى من المرأة لم يثبت، فصار بكر بائعا ما اشترى قبل القبض، فإن قيل: ثبت قبض بكر بإقرار المرأة، فإنها أقرت تلقت الملك من جهة بكر، فتكون مقرة أنها استفادت الملك واليد من جهة بكر، فيجعل كون الدار في يد بكر كما في الفصل الأول.

قلنا: إن إقرارها لم يصح لما ادعى بكر أنه تلقى الملك من جهته، فلا يثبت قبض بكر بإقرار المرأة، فإن قيل: كيف تستقيم أن يقال: ... وبيع العقار قبل القبض جائز عندهما، ومحمد وضع المسألة في العقار.

قلنا: اختلفت عبارة المشايخ في هذا المقام، فعبارة بعضهم: أنه يحتمل أن محمدا حين فرع هذه المسألة وطال تفريعها على حسب ما يرى، حسب أنه وضع المسألة في المنقول. ومنهم من قال: إنما فرع هذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول، فبيع العقار قبل القبض في شيء من الكتب إنما أثبته في «الجامع» هذه المسألة. ومنهم من قال: أراد محمد رحمه الله التفريع على قياس قولهما: إن كانا لا يريان جواز بيع العقار قبل القبض.

فإن قيل: إن استقام ما ذكر محمد من الحكم على قولهما على ما ذكرتم من التأويلات إلا أن التعليل الذي ذكر محمد في «الكتاب» لهما إن شاء محمد من بكر لم يصح؛ لأنه اشترى من بكر قبل القبض لا يصح؛ لأن امتناع جواز شراء محمد من بكر عندهما ما كان لعدم القبض، وإنما كان لعدم الملك؛ لأن بينة بكر على المرأة لما بطلت لم يثبت الملك لبكر، لا بالبينة ولا بإقرار المرأة على ما بينا.

قلنا: بطلان بيع محمد من بكر له علتان، إحدهما: ما ذكر محمد، والثانية: ما ذكرنا أنه لم يثبت الملك لبكر، والحكم إذا كان له علتان، جاز للمعلل أن يذكر إحداهما ويترك الأخرى؛ لأن إحداهما تكفي لإثبات الحكم، هذا كله قولهما، وأما على قول محمد: يجوز شراء المرأة من بكر وشراء بكر من المرأة.." (١)

"هذه الحادثة، والقاضي متى أبطل شهادة الشهود في حادثة، لا تقبل شهادتهم في عين تلك الحادثة، وإن صاروا عدولا، **والجواب** عن هذا **الإشكال** من وجهين:

أحدهما: أن القاضي ما رد شهادتهم لتهمة الكذب بل ضرورة القضاء تلك الدار للأجنبي، ورد الشهادة إذا لم يكن لتهمة الكذب لا يمنع قبولها بعد ذلك.

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٤٢/٩

والثاني: إن كان رد الشهادة لتهمة الكذب ولكن هذه حادثة أخرى غير تلك الحادثة؛ لأن المشهود عليه في الكرة الأولى العم والمشهود عليه في الكرة الثانية ابن الأخ، والشهادة متى ردت لتهمة الكذب لا يمنع قبولها بعد ذلك، أنا لا أقبل تلك الشهادة في عين تلك الحادثة لا في حادثة أخرى، ألا ترى أن الفاسق إذا شهد وردت شهادته في باب، وشهد في المشهود له في حادثة أخرى قبلت شهادته؟ كذا ههنا.

فإن قال الأجنبي بعد ذلك: أنا أعيد البينة على ابن الأخ أن الدار داري ورثتها، فالقاضي لا يقبل بينته لأنه صار مقضيا عليه من جهة ابن الأخ.

قال: ولو أن القاضي زكى شهود ابن الأخ بعد موت العم، وما زكى شهود الأجنبي قضي بكل الدار لابن الأخ، وبطلت بينة الأجنبي حتى لو زكيت شهوده بعد ذلك، لا يقضى له بشيء لما قلنا في جانب ابن الأخ، فإن أعاد الأجنبي البينة على ابن الأخ بعدما قضى القاضي لابن الأخ قضي للأجنبي، فإن قال ابن الأخ: أنا أعيد البينة على الأجنبي لم يلتفت القاضي إليه لما قلنا.

قال: فإن أقام الأجنبي البينة حال حياة العم أن الدار داره ورثها من أبيه ولم يقم ابن الأخ البينة على دعواه حتى مات العم صارت الدار في يد ابن الأخ بحكم الميراث، ثم أقام ابن الأخ البينة على دعواه، وزكيت بينتهما قضي بالدار بينهما، وإن صار اليد لابن الأخ لما ذكرنا من العبارتين.

وقد ذكرنا قبل هذا في عبد في يدي رجل أقام رجل بينة أنه عبده اشتراه من ذي اليد بكذا، ونقده، وأقام ذو اليد بينة أنه عبد فلان الغائب أودعه إياه، لا تندفع الخصومة عن ذي اليد لأنه انتصب خصما بدعوى الفعل، فلو أن القاضي لم يقض ببينة مدعي الشراء حتى حضر المقر له وصدق ذو اليد في إقراره، فإنه يدفع العبد إليه فإن زكيت بينة مدعي الشراء يقضى لمدعي الشراء بالعبد على المقر له، فلو أن المقر له أقام البينة أن العبد عبده، كان أودعه الذي كان العبد في يده يقضى بالعبد كله للمقر له وتبطل بينة مدعي الشراء.

وذكرنا ثمة عن الفقيه محمد بن حامد رحمه الله أن ابن سماعة كتب إلى محمد في مسألة العبد، ولم يذكر ثمة كيفية المكتوب، وكان كيفية المكتوب: ما بال الغائب المقر له إذا أقام البينة أن العبد عبده أودعه المقر قضيتم بالعبد له، ولم تقضوا بها بينه وبين المدعي الشراء نصفان، وأنتم جعلتم اليد للمقر في الحكم، وإن كان العبد في يد الغائب للمقر له، وإذا جعلتم اليد للمقر صار الغائب مع مدعي الشراء خارجين مدعيان على ذي اليد عبدا أو دارا.." (١)

"وليس عنه خصم حاضر لا يجوز، ولا وجه إلى الثاني؛ لأن ملك الطرف، وملك بدل الطرف لا يفيد الفصل عن ملك الأصل على ما مر.

وإذا تعذر القضاء بالأمرين، وبالأرش وحده يوقف القضاء إلى أن يحضر العبد بخلاف مسألة البرذون، لأن هناك القضاء

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٩٢/٩

بالأرش ممكن من غير أن يقع القضاء بالبرذون على غائب؛ لأن القول قول المدعي: أن البرذون برذونه، لأنه يدعي مالا لنفسه وليس له فيه منازع فإنه لم يعرف كون البرذون في يد ثالث، وليس للبرذون يد نفسه فكان القول قوله أن البرذون له فأمكن القضاء بالأرش من غير أن يقع القضاء بالبرذون على الغائب.
بخلاف العبد؛ لأن العبد في يد نفسه ويقر عن نفسه فلا يمكن القضاء بذلك للمدعي إلا بالقضاء على الغائب حتى لو كان العبد ميتا يقضى بالأرش للمدعي؛ لأنه لا بد للميت على نفسه فيمكن القضاء بالأرش للمدعي من غير أن يقع القضاء على الغائب.

وكذلك إذا كان العبد صغيرا لا يعبر عن نفسه، فالقاضي يقضي بالأرش للمدعي على الفاقيء، ولا يشترط حضرة العبد؛ هكذا حكي عن القاضي الإمام أبي عاصم العامري؛ لأن الصغير الذي لا يعبر عن نفسه ليس له يد نفسه بل هو بمنزلة الثوب والدابة حتى كان القول فيه قول صاحب اليد أنه ملكه، فأمكن القضاء بالأرش من غير أن يقع القضاء بملك العبد على الغائب.
فإن قيل: هلا انتصب الفاقيء خصما عن العبد للمدعي؛ لأنه ادعى حقا على الفاقيء وهو الأرش، ولا يمكن إثباته إلا بعد إثبات الملك لنفسه في رقبة العبد، وفي مثل هذا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب.

قلنا: لا يمكن أن يجعل الفاقيء خصما عن العبد حكما، لأنه ليس من الفاقيء وبين العبد فيما يريد المدعي إثباته من ملكه في رقبة العبد سبب، ولا بد من سبب يكون بين الحاضر والغائب حتى يجعل الحاضر خصما عن الغائب واحد لم يقل به، قال: ولو أن المدعى عليه أقر أنه فقئ عين العبد، وإنه عبد هذا المدعي والعبد غائب، فإنه يقضي بأرش العبد له بخلاف فصل البينة.
والفرق: أن الإقرار في حق الأرش دون نفس العبد فيمكن القضاء بالأرش للمدعي من غير أن يكون قضاء على الغائب وهو العبد، فأما البينة، فحجة متقدمة، فلا يمكن إثبات ملك العبد بها في حق الأرش، ورقبة العبد لأنه لا يكون على الغائب.
فهذا هو الفرق وذكر بعد هذا مسألة البرذون التي ذكرناها على سبيل الاستشهاد، وأجاب على نحو ما بينا أن القاضي يقضي بربع القيمة للمدعي على المدعى عليه، وإن لم يكن البرذون حاضرا وفيه نوع **إشكال** ينبغي أن لا يقضي القاضي للمدعي بأرش البرذون حتى يري المدعي البرذون للقاضي فينظر إليه القاضي هل فقئ عينه أم لا؟.
ألا ترى أن من ادعى على آخر أنه شج رأسه فالقاضي لا يقضي للمدعي على المدعى عليه بشيء (٢٠٦أ٤) حتى يرى المدعي رأسه للقاضي **والجواب** وهو الفرق بين الفصلين أن في فصل الشجة المدعي حاضر، فيمكنه إراءة رأسه من غير كلفة ومشقة، فأما." (١)

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ١٧٥/٩

"والفرق: أن العين إذا كان قائما، والدعوى تقع في العين، والمدعى عليه إنما ينتصب خصما له في العين بظاهر يده، فإن ظاهر اليد تدل على الملك، إلا أنه يحتمل أنه ليس بذلك، وبإقامة البينة على أن العين وديعة عنده ظهر أن يده ليست يد ملك فيندفع عنه الخصومة، أما إذا كان العين هالكا فالدعوى تقع في الدين، ومحل الدين الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته، وإنما أقام المدعى عليه من البينة أن العين كانت في يده وديعة لا يتبين أن في ذمته لغيره، فلا تتحول الخصومة عنه.

ألا ترى أن القاضي يقضي بالقيمة على مودع الغاصب وإن كان يده في العين يد غيره.

فإن قيل: كان ينبغي أن لا يقضي القاضي بقيمة العبد هاهنا؛ لأنه لا يمكن القضاء بقيمة العبد للمدعي إلا بعد القضاء له بملك العبد له لا يجوز أن يكون قيمة العبد لإنسان (٢١٢أ٤) ويكون الملك في العبد لغيره وقد تعذر القضاء هاهنا للمدعي بملك العبد؛ لأن ذا اليد أثبت أن يده في العبد ليست يد ملك، وأن الملك في العبد للغائب.

كما قال محمد في عبد في يدي رجل ذهب عبده يده لو فقيت عينه أو قطعت يده أقام الرجل بينة أن هذا العبد عبده، وأراد أن يأخذ العبد وأن يضمن الذي العبد في يده نصف قيمة العبد، فأقام الذي في يديه العبد بينة أن فلانا قد كان أودع هذا العبد إياه قبل ذهاب العين واليد؛ فإنه يندفع عنه الخصومة في أرش اليد والعين وإن ادعى الأرش دينا في ذمته؛ لأنه لا يمكنه القضاء بالأرش إلا بعد القضاء بملك العبد للمدعي؛ لأنه لا يجوز أن يكون الأرش لإنسان، والعبد لغيره، فإذا تعذر القضاء بملك العبد؛ لأن صاحب اليد أثبت أن يده في يد غيره تعذر القضاء بالأرش كذا هاهنا.

قلنا: اختلفت عبارة المشايخ في الجواب عن هذا الإشكال، فعبارة بعضهم أن هذا الإشكال إنما يتأتى إذا تعذر القضاء بملك العبد للمدعي كما في المسألة التي وقع الإشهاد بها؛ لأن هناك تعذر القضاء بملك العبد للمدعي؛ لأن العبد حي قائم، وقد ثبت ببينة ذي اليد أن الملك في العبد للغائب فلو قضينا بالعبد للمدعي كان في هذا استحقاقا على الغائب، والاستحقاق على الغائب لا يجوز.

وإذا تعذر القضاء بالعبد للمدعي تعذر القضاء بالعين الفائتة للمدعي إذ يستحيل أن يكون العبد لإنسان ويكون عينه لآخر، وإذا تعذر القضاء بالعين الغائبة للمدعي تعذر القضاء بالأرش له، أما في مسألتنا أمكن القضاء بالعبد للمدعي، وإن ثبتت ببينة ذي اليد أن العبد للغائب، فيكون القضاء بالعبد للمدعي قضاء على الغائب إلا أن القضاء على الغائب إنما لا يجوز إذا كان فيه استحقاق شيء له، وإيجاب شيء على الغائب، فأما إذا لم يكن فيه استحقاق شيء على الغائب يجوز القضاء على الغائب لأن العبد ميت، والميت لا يمكن أن يستحق على الغائب فظهر الفرق بين الفصلين من هذا الوجه.

وعبارة بعضهم: ليس من ضرورة القضاء بقيمة العبد للمدعي، القضاء بملك العبد للمدعي إذ يجوز أن يكون العبد لإنسان وبدله لغيره.." (١)

"فكذا وصيه بعد الموت. وإن مات وصي الأب الذي مات آخرا ولم يوص إلى أحد، أو كان الأب الذي مات آخرا لم يوص إلى أحد، وقد ترك الأب الذي مات أولا أولى من وصيته، وفي هذا الفصل نوع **إشكال**: وهو أن الذي مات أولا إما أن تبطل أبوته وولايته بموته أو لم تبطل، إن بطلت تبطل الجدودة كما تبطل الوصاية، وإذا لم تبطل الوصاية فقد اجتمع وصي الأب مع جد الغلام، فتكون الولاية للموصي. **والجواب** أن يقول: أبوة الذي مات أولا بطلت في حق القضاء به أبا لم تبطل في حق الجدودة.

بيانه: وهو أن السبب الثاني كما أثبت الأبوة للأبوين أثبت الجدودة لأبويهما ثبوتا واحدا، فكانت ولاية الجد بسبب قائم به وهو القرابة لا بتفويض الأب، فلا تبطل ببطلان ولاية الأب، لكن لم تظهر ولاية الجد حال قيام الأب أو وصيه، فإذا ماتا ظهرت ولايته، أما ولاية الوصي بسبب تفويض الأب لا بسبب قائم به، فإذا بطلت ولاية الأب بطلت ولاية الوصي ضرورة.

فإن مات الولدان أحدهما قبل الآخر ولكل واحد منهما أب، وأوصى كل واحد منهما إلى رجل؛ إن لم يعرف الذي مات أولا من الذي مات آخرا، فولاية التصرف في المال للوصيين جملة؛ لأنه لما لم يعرف الذي مات أولا من الذي مات آخرا يجعل كأنهما ماتا معا، وإن ماتا معا كانت ولاية التصرف في المال للوصيين؛ لأنه لم يظهر بطلان أبوة أحدهما لما ماتا معا، فالإيصاء من كل واحد منهما حصل وله ولاية الإيصاء فصح، ونزل الوصيان بعد موت الأبوين بمنزلة الأبوين حال حياتهما، وإن عرف الذي مات أولا من الذي مات آخرا؛ فولاية التصرف في المال لوصي الذي مات آخرا؛ لأنه وصي أب استقرت أبوته، والآخر وصي أب بطلت أبوته على ما ذكرنا.

وإن مات هذا الوصي ولم يوص إلى أحد، أو مات الأب الذي عرف موته آخرا ولم يوص إلى أحد وباقي المسألة بحالها؛ فولاية التصرف في المال للجدين، لا ينفرد أحدهما به بمنزلة الأبوين في الابتداء بخلاف الوصيين، فإن وصي الأب الذي مات أولا لا يزاحم وصي الأب الذي مات آخرا في التصرف.

والفرق: أن الوصي ثابت عن الموصي استفاد الولاية من جهته، وبموت الذي مات آخرا، فأما الجد أصل وليس بثابت؛ والولاية له بسبب القرابة، لا بطريق الانتقال والتفويض، وقرابة الجدين قائمة للحال بصفة واحدة فاستويا في سبب الولاية، فزاحم كل واحد منهما صاحبه.

قال: وإن وهب لهذا الغلام هبة والأبوان حيان؛ فقبل أحدهما جاز، أما على قول أبي يوسف فلأن كل واحد منهما ينفرد

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٩/٢٠٧

بجميع التصرفات، وأما على قولهما فلأن قبول الهبة لا يفتقر إلى الولاية، ألا ترى أنه صح من المجحود ومن الذي يعول الصغير ويحفظه، قال عليه السلام: «من عال يتيما فله قبض هباته» .." (١)

"الذي ادعى البيع؛ لأن الذي في يديه الطيلسان أقر أن الطيلسان كان في يد مدعي البيع. قال: وهذا في اليمين بالمدعى عليه، وعلل فقال: لأنهما لو أقاما البينة كانت البينة بينة الآخر.

رجل ادعى دارا في يدي رجل أنها داره، اشتراها من صاحب اليد قبل هذا التاريخ بشهر، وأنكر المدعى عليه دعواه، فأقام المدعي بينة على دعواه، فقال المدعى عليه: الدار كانت لي إلا أني قد كنت بعتها قبل هذا من امرأتي بتاريخ ثلاثة أشهر؛ وصدقت امرأة المدعى عليه المدعى عليه في ذلك، وقالت: قد كنت اشتريت هذه الدار من هذا المدعى عليه قبل هذا بثلاثة أشهر، وأقامت بينة على دعواها على المدعي، وكان ذلك قبل القضاء بالدار للمدعي، فالقاضي لا يقبل بينتها.

ولو أقامت المرأة بذلك على زوجها قبلت بينتها، وقضي بالدار لها، وإن أقر الزوج لها بذلك؛ لأن إقرار الزوج لها ببيع الدار منها بعدما أقام المدعي البينة على دعواه لم تصح؛ إذ لو صح بطل ما أقام المدعي من البينة وإنه لا يجوز، وإذا لم يصح إقرار المدعى عليه بذلك صار وجوده والعدم بمنزلة، وصارت مسألتنا أن المدعي ادعى الشراء من صاحب اليد بتاريخ شهر، وامرأة صاحب اليد ادعت الشراء منه بتاريخ ثلاثة، فيقضى بالدار بتاريخها.

المحبوس بالدين إذا أقام بينة أنه معسر، وأقام رب الدين بينة أنه موسر، فالقاضي يقبل بينة رب الدين، وإن لم يبينوا مقدار ملكه حتى يخلده في السجن ببينة رب الدين وفيه **إشكال**؛ لأن تخليده في السجن لا يستحق إلا باليسار، واليسار لا يثبت إلا بالملك، وتعذر القضاء بالملك لجهالة قدره، ألا ترى إلى ما ذكر في كتاب الشفعة أن المشتري إذا أنكر جوار الشفيع وأنكر ملكه في الدار التي في يديه بجنب الدار المشتراة، وأقام الشفيع بينة أن له نصيبا في هذه الدار، ولم يبينوا مقدار النصيب فالقاضي لا يقضي بهذه الشهادة، وطريقه: أن حق الشفعة إنما تثبت لمدعيها إذا ثبت له الملك في الدار التي يدعي الشفعة بها، والقضاء بالملك له، فهذه الشهادة غير ممكنة لمكان الجهالة، فههنا يجب أن يكون كذلك.

والجواب وهو الفرق بين المسألتين: أن في مسألة المحبوس القضاء بالملك له غير ممكن لجحوده لا لجهالته، بل الملك لنفسه، ألا ترى أن الشهود إن بينوا مقدار الملك له، فالقاضي لا يقضي له بالملك مع أن المشهود به معلوم لجحوده الملك لنفسه، وإذا تعذر القضاء بالملك لجحوده لم يشترط القضاء باليسار إمكان القضاء له بالملك، فأما في مسألة الشفعة؛ القضاء بالملك للشفيع ممكن؛ لأنه يدعي الملك لنفسه، وإذا أمكن القضاء له بالملك كان إمكان القضاء بالملك شرطا لثبوت الشفعة؛ لأن الشفعة لا تستحق إلا بالملك، أو ليس إذا سقط شرط من شرائط صحة القضاء في موضع العجز يدل على أنه يسقط في موضع آخر من غير العجز.

وإذا أقام المدعي بينة على أن قاضي بلد كذا فلان قضى له على هذا الرجل بألف." (٢)

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٩/٣٥٠

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ابن مَازَةَ ٩/٤٠٢

"ولا تبطل بموتهما ولا بموت أحدهما، ولو طلب أحدهما القسمة بطلت، وتجوز في دار واحدة بأن يسكن كل منهما طائفة أو أحدهما علوها والآخر سفلها، ولكل واحد منهما إجارة ما أصابه وأخذ غلته، وتجوز في عبد واحد يخدم هذا يوما وهذا يوما، وكذا في البيت الصغير، وفي عبدين يخدم كل واحد واحدا، فإن شرطا طعام العبد على من يخدمه جاز، وفي الكسوة لا يجوز،

ـــــــQدون المثليات، ويجبر الممتنع إذا لم يكن الطالب متعنتا وليست كالإجارة؛ لأن المنفعة تستحق هنا بالملك، ومعنى المعاوضة تبع، ولهذا لا تشترط فيها المدة، وفي الإجارة بالعقد، ولهذا يشترط ذكر المدة؛ لأنه لا يعلم قدر ما يستحقه من المنفعة إلا بذكرها، وليست كالعارية لما بينا.

قال: (ولا تبطل بموتهما ولا بموت أحدهما) لأنا نحتاج إلى إعادتهما بطلب الوارثين أو أحدهما، بخلاف الإجارة والعارية.

قال: (ولو طلب أحدهما القسمة بطلت) المهايأة، معناه فيما يحتمل القسمة؛ لأن القسمة أقوى في استعمال المنفعة ؛ ولو طلب أحدهما القسمة والآخر المهايأة قسم لما بينا وبل أولى.

قال: (وتجوز في دار واحدة بأن يسكن كل منهما طائفة، أو أحدهما علوها والآخر سفلها) لأن القسمة على هذا الوجه جائزة، فكذا المهايأة؛ لأن المنفعة غير مختلفة، وبيان المكان يقطع المنازعة، وهذه إفراز للنصيب وليست مبادلة.

(ولكل واحد منهما إجارة ما أصابه وأخذ غلته) ؛ لأنها قسمة المنافع وقد ملكها فله استغلالها وشرط بعضهم في جواز الاستغلال أن يشرطه في العقد كالعارية وليس بشيء، **وجوابه** ما مر، ولو تهايآ في دارين على أن يسكن كل واحد دارا جاز جبرا واختيارا، وهذا عندهما ظاهر اعتبارا بقسمة الأصل، أما عنده قيل لا يجبر كما في القسمة، وقيل لا يجوز أصلا؛ لأنه بيع السكنى بالسكنى، بخلاف القسمة؛ لأنه بيع بعض أحدهما ببعض الأخرى وأنه جائز ؛ وقيل يجوز مطلقا لقلة التفاوت في المنافع ويكون إفرازا.

قال: (وتجوز في عبد واحد يخدم هذا يوما وهذا يوما، وكذا في البيت الصغير) ؛ لأن المهايأة تكون في الزمان والمكان استيفاء للمنفعة بقدر الإمكان، وقد تعذر المكان فيتعين الزمان.

قال: (وفي عبدين يخدم كل واحد واحدا) ولا **إشكال** على أصلهما؛ لأن عندهما تجوز قسمة الرقيق جبرا واختيارا فكذا منفعتهم. وأما عند أبي حنيفة فالقياس على عدم جواز القسمة يمنع الجواز، لكن الصحيح الجواز لقلة التفاوت في الخدمة، ولا كذلك في الأعيان لما مر.

قال: (فإن شرطا طعام العبد على من يخدمه جاز، وفي الكسوة لا يجوز) لأن العادة جرت بالمسامحة في الطعام دون الكسوة، ولقلة التفاوت في الطعام وكثرتها في الكسوة، فإن وقتا شيئا من." (١)

"وإن نقصت من مهر مثلها فللأولياء أن يفرقوا أو يتممه.

[أقل المهر وأكثره] المهر أقله عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم، ولا يجوز أن يكون إلا مالا،

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ابن مودود الموصلي ٢/٨٠

ـــــــــه في جانبها، وهي إنما رضيت باستفراش من هو أفضل منها. وإن كانت هي التي غرته فلا خيار له؛ لأنه لا يفوته شيء من المصالح. والكفاءة ليست بشرط من جانبها، وهو قادر على الطلاق، وصار كالجب والعنة والرتق.

وعن أبي بكر الرازي وأبي الحسن الكرخي أنه لا تعتبر الكفاءة، وهو مذهب مالك؛ لقوله تعالى: ﴿إنا خلقناكم من ذكر وأنثى﴾ [الحجرات: ١٣] إلى أن قال: ﴿إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾ [الحجرات: ١٣] ، وقال – عليه الصلاة والسلام –: «ليس لعربي على عجمي فضل إلا بالتقوى» ، وقال – عليه الصلاة والسلام – لأبي هريرة: «لو كان لي بنت لزوجتك» . وروي «أن بلالا خطب امرأة من الأنصار، فأبوا أن يزوجوه، فقال له – عليه الصلاة والسلام –: " قل لهم: إن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أمركم أن تزوجوني» ، **وجوابه** ما تقدم.

ولأن المراد بالآية حكم الآخرة لا الدنيا ؛ لأن التقوى لا يعلم حقيقتها إلا الله وثوابها في الآخرة، وكذا قوله – عليه الصلاة والسلام – المراد به الفضل عند الله تعالى وهو **جواب** الحديث، ويجب الحمل عليه توفيقا بين الأدلة.

قال: (وإن نقصت من مهر مثلها فللأولياء أن يفرقوا، أو يتممه) . ولا **إشكال** في ذلك على قولهما؛ لأنه يجوز نكاح المرأة بغير إذن وليها، أما على قول محمد فلا **إشكال** أيضا على رواية رجوعه إلى قول أبي حنيفة، وعلى قول الأول فيه **إشكال**؛ لأنه لا يصح نكاحها عنده إلا بإذن الولي.

قالوا: صورته إذا أكره الولي المرأة على النكاح بدون مهر المثل، ثم زال الإكراه، فأجازت النكاح فللأولياء الاعتراض عند أبي حنيفة خلافا لهما على ما تقدم.

[فصل أقل المهر وأكثره]

] (المهر أقله عشرة دراهم، أو ما قيمته عشرة دراهم. ولا يجوز أن يكون إلا مالا) ، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء: ٢٤] . علق الحل بشرط الابتغاء بالمال فلا يحل دونه، وسقوطه بالطلاق قبل الدخول عند عدم التسمية لا يدل على عدمه ؛ لأنه يشبه الفسخ، وسقوط العوض عند وجود الفسخ لا يدل على عدم الوجوب، ولأن سقوطه يدل على ثبوته؛ إذ لا يسقط إلا ما ثبت ولزم. والتنصيف بالطلاق قبل الدخول ثبت نصا على خلاف القياس، والمذكور في الآية مطلق المال فكان مجملا، والنبي – عليه الصلاة والسلام – فسره بالعشرة، فقال فيما رواه عنه جابر وعبد الله بن عمر: «لا مهر أقل من عشرة دراهم» . ولأن المهر ثبت حقا لله تعالى حتى لا يكون النكاح بدونه. ولو نفاه أو سكت عنه، ولهذا كان لها المطالبة بالفرض والتقدير، وأنه يبتني على وجود الأصل،." (١)

"جاز الوضوء به على ما إذا كان المخالط له يخالفه في الأوصاف الثلاثة، ويحمل قول من قال إذا غير أحد أوصافه لا يجوز الوضوء به على ما إذا كان يخالفه في وصف واحد أو وصفين، ويحمل قول من اعتبر بالأجزاء على ما إذا كان المخالط لا يخالفه في شيء من الصفات فإذا نظرت وتأملت وجدت ما قاله الأصحاب لا يخرج عن هذا، ووجدت بعضها مصرحا به وبعضها مشارا إليه.

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ابن مودود الموصلي ١٠١/٣

وقال الشافعي إذا تغير بما يمكن الاحتراز عنه لا يجوز الوضوء به لأنه ماء مقيد ألا ترى أنه يقال ماء الزعفران ونحوه، ولنا قوله – عليه السلام – «اغسلوه بماء وسدر» قاله لمحرم وقصته ناقته فمات، وعن «أم هانئ بنت أبي طالب أنها دخلت على النبي – صلى الله عليه وسلم – يوم فتح مكة وهو يغتسل من قصعة فيها أثر العجين» الحديث «وأمر النبي – صلى الله عليه وسلم – قيس بن عاصم حين أسلم أن يغتسل بماء وسدر» فلولا أنه طهور لما أمره أن يغتسل بذلك؛ لأن غسل الميت لا يجوز إلا بما يجوز به الوضوء، ولما «اغتسل رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بماء فيه أثر العجين» وعن عائشة – رضي الله عنها – «أنه – عليه السلام – كان يغتسل ويغسل رأسه بالخطمي وهو جنب ويجتزى بذلك ولا يصب عليه الماء»، كذا ذكره في الغاية وإضافته إلى الزعفران ونحوه للتعريف كإضافته إلى البئر بخلاف ماء البطيخ ونحوه حيث تكون إضافته للتقييد، ولهذا ينفى اسم الماء عنه ولا يجوز نفيه عن الأول.

قال – رحمه الله – (وبماء دائم فيه نجس إن لم يكن عشرا في عشر) أي لا يجوز الوضوء بماء راكد دائم إذا وقعت فيه نجاسة ولم يبلغ الماء عشرا في عشر «لنهيه – عليه الصلاة والسلام – عن البول في الماء الدائم وعن غمس اليد في الإناء قبل أن يغسلها ثلاثا»، وقال مالك لا يتنجس إلا بالتغير لقوله – عليه السلام – «خلق الله الماء طهورا لا ينجسه شيء إلا ما غير طعمه» الحديث. ولنا ما رويناه وما رواه محمول على الماء الجاري لأنه ورد في بئر بضاعة وماؤها كان جاريا في البساتين فعملنا بالأحاديث كلها وهو أولى من ترك بعضها ولأن حديث بئر بضاعة لم يثبت، هكذا ذكره الدارقطني فلا يعارض الصحيح، وقال الشافعي: إذا كان الماء قلتين لا يتنجس بوقوع النجاسة فيه ما لم يتغير لقوله – عليه السلام – «إذا كان الماء قلتين لم يحمل خبثا» وليس له فيه حجة لأنه ضعفه جماعة من المحدثين حتى قال البيهقي من الشافعية الحديث غير قوي وقد تركه الغزالي والروياني مع شدة اتباعهما للشافعي لضعفه فلا يعارض ما رويناه، ولأن القلة مجهولة لتفاوت القلل فلا يمكن ضبطها فلا يتعبدنا الله تعالى بمجهول وتقديره بما قدره به الشافعي لا يهتدي إليه الرائي فلا يجوز إثباته إلا بالنقل، ولأن القلة اسم مشترك يقال لرأس الجبل قلة وللجرة قلة وللحب قلة ولرأس الإنسان قلة، وكل شيء أعلاه قلة فلا يمكن حملها على أحدها إلا بدليل.
قال علي كرم الله وجهه
لنقل الصخر من قلل الجبال ... أحب إلي من ذل السؤال
قال – رحمه الله – (فهو كالجاري) أي إذا بلغ عشرا في عشر يكون كالجاري حتى لا يتنجس بوقوع النجاسة فيه، وقوله فهو كالجاري بالفاء في المختصر والواو أولى لئلا تلتبس **بالجواب** فيكون معناه إن لم يكن عشرا في عشر فهو كالجاري فيفسد المعنى ثم في قوله كالجاري إشارة إلى أنه لا يتنجس موضع الوقوع وهو مروي عن أبي يوسف وبه أخذ مشايخ بخارى وبلخ ولكن الأصح أن موضع الوقوع يتنجس

ـــــــ Q (قوله حيث تكون إضافته للتقييد) وعلامة إضافة التقييد قصور الماهية في المضاف ألا يرى أنه لو حلف لا يصلي فصلى الظهر يحنث؛ لأنها صلاة مطلقة إضافتها إلى الظهر للتعريف، ولا يحنث بصلاة الجنازة لأنها ليست بصلاة مطلقة، وإضافتها إلى الجنازة للتقييد كذا في الدراية وفي مشكلات خواهر زاده في باب الكسوف كل ما كانت الماهية فيه

كاملة فالإضافة فيه للتعريف، وما كانت ماهيته ناقصة فالإضافة فيه للتقييد. نظير الأول ماء السماء وماء البحر وصلاة الكسوف، ونظير الثاني ماء الباقلاء وصلاة الجنازة اهـ.

(قوله ولهذا ينفي اسم الماء عنه) يقول ما شربت ماء، وإن كان شرب ماء البطيخ ونحوه والحقيقة لا تنفى. اهـ.

[الماء الذي لا يتنجس بوقوع النجاسة فيه]

. (قوله ولم يبلغ الماء عشرا) كالأواني والآبار (قوله «لنهيه – عليه الصلاة والسلام – عن البول») قال في المجتبى وأما البول فيه فمكروه قليلا كان أو كثيرا دائما أو جاريا وسمى أبو حنيفة – رضي الله عنه – من يبول في الماء الجاري جاهلا اهـ. (قوله بئر بضاعة) بئر قديمة بالمدينة وعن الجوهري تكسر وتضم. اهـ. كافي. (قوله وماؤها كان جاريا في البساتين) واعتبار عموم اللفظ إنما يكون أولى لو لم يكن العام مخصوصا، أما إذا كان مخصوصا فلا وهاهنا مخصوص بدليل يساويه وهو ما روينا من الحديث اهـ. رازي – رحمه الله – (قوله ولأن القلة مجهولة) القلة الجرة تحمل من اليمن تسع فيها قربتين وشيئا والقلتان خمس قرب كل قربة خمسون منا، وقيل جرة تسع فيها مائة وخمسا وعشرين وفي الحلية القلتان خمسمائة رطل بالبغدادي وقيل القلتان خمسمائة من، وقال الزبيري ثلثمائة من واختاره القفال اهـ كي.

(قوله يقال لرأس الجبل قلة) ولقامة الرجل قلة فيكون معناه إذا بلغ ماء الوادي قدر القامتين أو رأس الجبلين لا يحتمل خبثا؛ لأنه يصير بحرا أو غديرا عظيما. اهـ. كاكي (قوله إذا بلغ عشرا في عشر) وإنما اعتبر عدد العشرة دون غيره من الأعداد؛ لأن العشرة أدنى ما ينتهي إليه نوع الأعداد وقيل عدد خطر في الشرع، ولهذا اعتبر في نصاب السرقة والمهر. اهـ. كاكي

(قوله فيفسد المعنى)، ولكنا إذا جعلنا الفاء تفسيرية يزول **الإشكال** اهـ ع.

(قوله لا يتنجس موضع الوقوع) أي إلا إذا ظهر الأثر (قوله إن موضع الوقوع يتنجس) أي في الراكد الذي يبلغ عشرا في عشر، وأما الجاري فالأصح أن موضع الوقوع فيه لا يتنجس ولا فرق بين المرئية وغيرها وهذا قول مشايخ العراق، وقد فرق مشايخ بخارى وبلخ بين المرئية وغيرها فقالوا في المرئية." (١)

"عند البصريين ويجوز عند الفراء، ولو قيل إنه مجرور على أنه حذف المضاف وترك المضاف إليه على إعرابه كان جائزا إلا أنه قليل نحو قولهم: ما كل سوداء تمرة ولا بيضاء شحمة، ويشترط أن يتقدم في اللفظ ذكر المضاف، ثم نجاسة سؤر الكلب مذهبنا، وقال مالك: إنه طاهر يشرب ويغسل الإناء من ولوغه سبعا تعبدا، ولنا قوله – عليه الصلاة والسلام – «إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليرقه ثم ليغسله سبع مرات» والأمر بالإراقة دليل التنجس، وأقوى منه قوله – عليه الصلاة والسلام – «طهور إناء أحدكم إذا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبعا» فهذا يفيد النجاسة؛ لأن الطهور مصدر بمعنى الطهارة فيستدعي سابقة التنجس أو الحدث، والثاني منتف فيتعين الأول ولأن الأصل في النصوص أن تكون معقولة المعنى فإذا دار الأمر بين كونه معقولا وتعبدا كان جعله معقول المعنى أولى لندرة التعبد وكثرة التعقل، ثم عندنا يطهر بالثلاث وعند الشافعي لا بد من السبع لما روينا فيكون التعبد في العدد عنده وهذا أولى من قول مالك لأنه أقل خروجا عن الأصل.

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٢١/١

ولنا ما رواه الطحاوي بإسناده عن أبي هريرة «أنه يغسل من ولوغ الكلب ثلاث مرات» وهو الراوي لاشتراط السبع، وعندنا إذا عمل الراوي بخلاف ما روى أو أفتى لا تبقى روايته حجة لأنه لا يحل له أن يسمع من النبي – صلى الله عليه وسلم – شيئا فيعمل أو يفتي بخلافه إذ تسقط به عدالته فدل على نسخه، وهو الظاهر؛ لأن هذا كان في الابتداء حين كان يشدد في أمر الكلاب، ويأمر بقتلها قلعا لهم عن مخالطتها، ثم ترك وهذا كما روي أنه – عليه الصلاة والسلام – كان يأمر بكسر الأواني حين كان يشدد في الخمر قلعا لهم عنها وحسما لمادتها ثم نهى عن كسر الأواني أو تحمل السبع على الاستحباب، ويؤيده ما روى الدارقطني عن أبي هريرة «عن النبي – صلى الله عليه وسلم – في الكلب يلغ في الإناء أنه يغسل ثلاثا أو خمسا أو سبعا» فخيره ولو كان السبع واجبا لما خيره، ثم إن الشافعي جعل العدد تعبدا في ولوغ الكلب وعداه إلى البول وإلى رطوبة أخرى من الكلب وإلى الخنزير.

والشيء إذا ثبت تعبدا لا يتعدى إلى غيره، وقدره أصحابنا بالثلاث كسائر النجاسات لما رويناه ولحديث المستيقظ، وأما نجاسة سؤر الخنزير فلما تقدم أنه نجس العين، وأما سؤر سباع البهائم فلأنه متولد من لحمه ولحمه حرام نجس على ما نبينه، وقال الشافعي طاهر لما روي «أنه – عليه الصلاة والسلام – قيل له أيتوضأ بما أفضلته الحمر فقال نعم وبما أفضلته السباع»، ولنا ما روي أنه – عليه الصلاة والسلام – «نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطيور»، وما رواه محمول على الماء في الغدران يدل عليه حديث أبي سعيد الخدري «أنه – عليه الصلاة والسلام – سئل عن الحياض التي بين مكة والمدينة تردها السباع والكلاب والحمر وعن الطهارة بها، فقال لها ما حملت في بطونها ولنا ما غير طهور» ويرد عليه أيضا قوله – عليه الصلاة والسلام – «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا» لأنه قاله حين سئل عن الحياض التي بين مكة والمدينة تردها السباع فلو لم يكن سؤر السباع نجسا لم يكن لتقييده بالقلتين فائدة على زعمه، ومفهوم الشرط حجة عنده فنلزمه بما يعتقد، ثم اعلم أن في مذهب أصحابنا في سؤر ما لا يؤكل لحمه من السباع **إشكالا** فإنهم يقولون لأنه متولد من لحم نجس، ثم يقولون إذا ذكي طهر لحمه؛ لأن نجاسته لأجل رطوبة الدم وقد خرج بالذكاة فإن كانوا يعنون بقولهم نجس نجاسة عينه وجب أن لا يطهر بالذكاة كالخنزير، وإن كانوا يعنون به لأجل مجاورة الدم فالمأكول كذلك يجاوره الدم، فمن أين جاء الاختلاف بينهما في السؤر؟ إذا كان كل واحد منهما يطهر بالذكاة ويتنجس بموته حتف أنفه ولا فرق بينهما إلا في المذكى في حق الأكل، والحرمة لا توجب النجاسة وكم من طاهر لا يحل أكله، ومن ثم قال بعضهم لا يطهر بالذكاة إلا جلده؛ لأن حرمة لحمه لا لكرامة آية النجاسة لكن بين الجلد واللحم جلدة رقيقة تمنع تنجس

ـــــــــــــــــــــــــــــ

(قوله أن يتقدم في اللفظ ذكر المضاف) هذا شرط في الغالب كما نص عليه في التوضيح (قوله، وقال مالك إنه طاهر) قال في الدراية وعند مالك سؤر الكلب والخنزير وكل سبع طاهر؛ لأن الحيوان طاهر لكونه حيا، وينجس بالموت اهـ.

(قوله ولوغه) قال أبو عبيد الولوغ بضم الواو إذا شرب قليلا، وإذا كثر فهو بفتحها. اهـ. كاكي (قوله «في إناء أحدكم») **جواب** سؤال مقدر (قوله والثاني) أي لأنه إنما يكون في بدن المصلي. اهـ (قوله في العدد) أي لا في نفس الغسل. (قوله ولو كان السبع) الذي في مسودة الشارح التسبيع (قوله وقال الشافعي) أي في غير الكلب والخنزير (قوله على زعمه) إنما

قال على زعمه إذ لا فائدة له عندنا؛ لأن الماء إذا بلغ قلتين ولم يكن عشرا في عشر يتنجس بوقوع النجاسة فيه. اهـ. (قوله وكم من طاهر لا يحل أكله) أي كالضفدع والسرطان (قوله؛ لأن حرمة لحمه لا لكرامته) أقول مجرد حرمة اللحم لا للكرامة لا يستلزم النجاسة كما في الضفدع وقد اعترف به أولا فالأولى أن يعلل بما ذكر بعض المحققين من أن حرمة الأكل تثبت لفساد الغذاء كالذباب والتراب والخنفساء؛ لأن الأكل في الأصل إنما أبيح للغذاء، أو للخبث طبعا كالضفدع والسلحفاة مما يستخبثه الناس قبل ورود الشرع، وإليه أشير بقوله تعالى ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾ [الأعراف: ١٥٧] وللنجاسة كما في الخنزير وللاحترام كما في الآدمي والكل منتف إلا النجاسة، أما الاحترام فظاهر وأما فساد الغذاء فلأنه غذاء قوي، وأما الخبث الطبيعي فلأنها قبل التحريم كانت مأكولة فلم يبق إلا النجاسة. اهـ. يحيى." (١)

"سباع الطير فقد قيل هو **جواب** الاستحسان، والقياس أن يكون نجسا؛ لأن لحمها حرام كسباع البهائم وجه الاستحسان أنها تشرب بمنقارها وهو عظم جاف بخلاف سباع البهائم فإنها تشرب بلسانها، وهو رطب بلعابها ولأن في سؤر سباع الطير ضرورة وعموم بلوى فإنها تنقض من علو وهواء فلا يمكن صون الأواني عنها لا سيما في البراري فأشبهت الحية ونحوها، وعن أبي يوسف أن ما يقع منها على الجيف فسؤره نجس، وما يأكل اللحم المذكى لا يكره سؤره، وأما سؤر سواكن البيت فللضرورة والقياس أن يكون نجسا؛ لأن لحمها نجس وجه الاستحسان أن طوفها ألزم وهو العلة في الباب لسقوط النجاسة وإليه أشار النبي - صلى الله عليه وسلم - بقوله في الهرة «إنها من الطوافين عليكم والطوافات.»

قال - رحمه الله - (والحمار والبغل مشكوك) أي سؤرهما مشكوك فيه أما الحمار فلتعارض الأدلة؛ لأنه قد ثبت عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه «أمر يوم خيبر بإكفاء القدور من لحوم الحمر الأهلية وقال إنه رجس» وروي عنه - عليه الصلاة والسلام - أنه «قال لأبجر بن غالب حين قال له ليس لي إلا حميرات كل من سمين مالك» وكان ابن عباس يقول كل ما يعتلف القت والتبن فسؤره طاهر وكان ابن عمر يقول إنه رجس، ولأنه يشبه الكلب من حيث إنه غير مأكول اللحم ويشبه الهرة من حيث إنه يربط في الدور والأفنية فتعارضت الأدلة فيه فوقع الشك ثم قيل الشك في طهارته لما ذكرنا من أنه يشبه الكلب من وجه والهرة من وجه وقيل في طهوريته لأنه يشبه الهرة من الوجه الذي ذكرنا فيكون طهورا باعتباره، ويفارقها من حيث إنه لا يدخل المضايق ولا يصعد الغرف فكان البلوى فيه دونها في الهرة فيخرج من أن يكون طهورا باعتباره فأوجب الشك في الطهورية وقيل الشك في الطهارة والطهورية جميعا، وأما البغل فهو من نسل الحمار فيكون بمنزلته هكذا.

قالوا فيه وهذا إذا كانت أمه أتانا فظاهر؛ لأن الأم هي المعتبرة في الحكم، وإن كانت فرسا ففيه **إشكال** لما ذكرنا أن العبرة للأم ألا ترى أن الذئب لو نزا على شاة فولدت ذئبا حل أكله ويجزي في الأضحية فكان ينبغي أن يكون مأكولا عندهما وطاهرا عند أبي حنيفة اعتبارا للأم، وفي الغاية إذا نزا الحمار على الرمكة لا يكره لحم البغل المتولد منهما عن محمد فعلى هذا لا يصير سؤره مشكوكا فيه وروي عن أبي حنيفة في لعابها ثلاث روايات في رواية طاهر وفي رواية أخرى نجس نجاسة

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٣٢/١

مخففة وفي رواية مغلظة والصحيح أن لعابهما وعرقهما ولبن الأتان طاهر، وإنما لم يجز الوضوء بسؤرهما للشك الذي تقدم فلا ينجس ما هو طاهر بيقين ولا يرفع الحدث الثابت بيقين قال – رحمه الله – (يتوضأ به ويتيمم
ــــــــــQإلى ما تحت قدميها؛ لأنها ربما تفتش نجاسة نفسها فهي والمخلاة سواء اهـ كافي (قوله إن طوافها ألزم) أي من طواف الهرة؛ لأن الفأرة تدخل ما لا تقدر الهرة دخوله اهـ

. (قوله في المتن والحمار والبغل مشكوك إلى آخره) وكان أبو طاهر الدباس ينكر هذا القول، ويقول لا يجوز أن يكون شيء من أحكام الشرع مشكوكا ولكن معناه يحتاط فيه فلا يتوضأ به حالة الاختيار، وإذا لم يجد غيره يجمع بينه وبين التيمم، وذكر فخر الإسلام وسمي مشكلا لتعارض الأدلة في طهارته وعدم طهارته لا أن يعني بكونه مشكلا الجهل بحكم الشرع. اهـ. كاكي فإن قيل كما أن الدليلين تعارضا في فصل الحمار، وهو قوله «كل من سمين مالك» مع قوله «أكفئوا القدور» كذلك في الهرة تعارض دليلان، وهو قوله الهرة ليست بنجسة، وقوله الهرة سبع فينبغي أن يكون سؤر الهرة مشكوكا كسؤر الحمار قلنا في فصل الهرة: النجاسة ثبتت بمقتضى النص، وهو قوله «الهرة سبع» فإذا كان سبعا يكون نجسا أما الطهارة ثبتت صريحا بقوله الهرة ليست بنجسة وبإرداف الدليل، وهو قوله الهرة ليست بنجسة بقوله فإنما هي من الطوافين، والصريح لا يعارض المقتضى أما في فصل الحمار كلا الطرفين مقتض وهو قوله «أكفئوا القدور» يقتضي النجاسة وقوله «كل من سمين مالك» يقتضي الطهارة فلذلك قلنا بالشك في سؤر الحمار والكراهة في سؤر الهرة، فإن قيل ينبغي أن لا يثبت الشك بل تثبت الحرمة ترجيحا للحرمة لقوله – عليه الصلاة والسلام – «ما اجتمع الحلال والحرام إلا وقد غلب الحرام الحلال» قلنا الترجيح مؤخر عن الجمع وهنا الجمع ممكن بأن يتيمم ويتوضأ فإذا كان الجمع ممكنا فلا يصار إلى الترجيح. اهـ. (قوله ثم قيل الشك في طهارته) حتى لو وقع في الماء القليل يفسده، وإن أصاب البدن أو الثوب لا يفسده. اهـ. قاضيخان – رحمه الله – (قوله وقيل في طهوريته) وهو الصحيح وعليه الجمهور. اهـ. كافي وقال في الهداية وهو الأصح (قوله على الرمكة) هي الأنثى من البراذين (قوله المتولد بينهما) أي وإذا كانت أمه بقرة ينبغي أن يؤكل بالاتفاق. اهـ. عيني.
(قوله ولبن الأتان طاهر) وهذا في العرق بحكم الروايات الظاهرة صحيح أما في اللبن فغير صحيح لما أن الرواية في الكتب المعتبرة بنجاسة لبنه أو تسوية النجاسة والطهارة بذكر الروايتين، ولم يرجح جانب الطهارة أحد إلا في رواية غير ظاهرة عن محمد فقد ذكر في المبسوط في تعليل سؤره وكذلك اعتبار سؤره بعرقه يدل على طهارته، واعتباره بلبنه يدل على نجاسته فجعل لبنه نجسا كما ترى وفي المحيط لبنه نجس في ظاهر الرواية وعن محمد أنه طاهر ولا يؤكل، واعتبر التمرتاشي والبزدوي فيه الكثير الفاحش هو الصحيح وعن عين الأئمة أنه نجس نجاسة غليظة لأنه حرام بالإجماع وفي فتاوى قاضي خان في طهارته روايتان. اهـ. كاكي وذكر القدوري أن لبنه نجس. اهـ. كاكي.
وقيل سؤر الفحل نجس لأنه يشم البول فينجس فمه، وسؤر الأتان مشكل والأصح عدم الفرق؛ لأن هذا موهوم فلا ينجس به. اهـ. كاكي." (١)

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٣٤/١

"أصل بنفسها وأذن المرأة عورة بانفرادها وإن انكشفت العورة من مواضع متفرقة تجمع؛ لأن محمدا – رحمه الله – ذكر في الزيادات امرأة صلت وانكشف شيء من شعرها وشيء من ظهرها وشيء من فرجها وشيء من فخذها ولو جمع بلغ ربع أدنى عضو منها منع جواز الصلاة، وكذا الطيب المتفرق في حق المحرم والنجاسة المتفرقة (قال الراجي عفو ربه) ينبغي أن يعتبر بالأجزاء؛ لأن الاعتبار بالأدنى يؤدي إلى أن القليل يمنع ولم يبلغ ربع المنكشف بيانه أنه لو انكشف نصف ثمن الفخذ مثلا ونصف ثمن الأذن يبلغ ربع الأذن وأكثر ولم يبلغ ربع جميع العورة المنكشفة ومثله نصف عشر كل منهما وبطلان الصلاة بذلك القدر يخالف القاعدة.

قال – رحمه الله – (والأمة كالرجل) يعني في العورة لقول عمر – رضي الله عنه – ألق عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر؛ ولأنها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها بذوات المحارم في حق الأجانب دفعا للحرج قال – رحمه الله – (وظهرها وبطنها عورة)؛ لأن لهما مزية كذوات المحارم ولهذا لو جعل امرأته كظهر أمه الأمة كان مظاهرا منها والظهار لا يكون إلا بما لا يحل النظر إليه فإذا حرم على الابن فعلى الأجنبي أولى أن يحرم ويدخل في هذا **الجواب** أم الولد والمدبرة والمكاتبة والمستسعاة عند أبي حنيفة لوجود الرق ولو أعتقت الأمة في صلاتها أو بعد ما أحدثت فيها قبل أن تتوضأ أو بعده تقنعت بعمل رفيق من ساعتها وبنت على صلاتها وإن أدت ركنا بعد العلم بالعتق بطلت صلاتها والقياس أن تبطل في الوجه الأول أيضا كالعريان إذا وجد ثوبا في صلاته وجه الاستحسان أن فرض الستر لزمها في الصلاة وقد أتت به والعريان لزمه قبل الشروع فيها فيستقبل كالمتيمم إذا وجد فيها ماء قال – رحمه الله –.

(ولو وجد ثوبا ربعه طاهر وصلى عريانا لم يجز) لأن ربع الشيء يقوم مقام كله فصار كما لو كان كله طاهرا قال – رحمه الله – (وخير إن طهر أقل من ربعه) أي إذا كان الطاهر أقل من الربع يخير بين أن يصلي فيه وهو الأفضل لما فيه من الإتيان بالركوع والسجود وستر العورة وبين أن يصلي عريانا قاعدا يومئ بالركوع والسجود وهو يلي الأول في الفضل لما فيه من ستر

ـــــــــــــــــــــــــــــ(قوله: وأذن المرأة عورة) أي كل من الأذنين عضو على حدة كذا في القنية (قوله: ولو جمع بلغ ربع أدنى عضو إلخ) أي أقل عضو من الأعضاء التي انكشف أبعاضها. اهـ. (قوله: قال الراجي عفو ربه إلى آخره) قال قارئ الهداية – رحمه الله – ومن خطه نقلت أقول إن اعتبر أدنى عضو من المنكشف لا يرد **الإشكال** وهو المراد؛ لأنه تردد بين البطلان وعدمه فيبطل احتياطا. اهـ.
(فرع) ذكره النووي إذا قال لأمته إن صليت صلاة صحيحة فأنت حرة قبلها فصلت مكشوفة الرأس إن كانت في حال عجزها عن السترة صحت صلاتها وعتقت وإن كانت قادرة على السترة صحت صلاتها ولا تعتق؛ لأنها لو عتقت لصارت حرة قبل الصلاة وحينئذ لا تصح صلاتها مكشوفة الرأس وإذا لم تصح لا تعتق فإثبات العتق يؤدي إلى بطلانه وبطلان الصلاة فبطل العتق وصحت الصلاة وعندنا في التعليقات المحضة يقتصر العتق على الشرط ولا يتقدم المعلق عليه فحينئذ تصح صلاتها وتعتق بعد وجود الصلاة وهذه القاعدة معروفة في الجامع. اهـ. غاية السروجي (قوله: أن يعتبر بالأجزاء إلى آخره) أي بأجزاء العورات المنكشفة لا بأدنى عضو منها فلو بلغ المجموع قدر ربع تلك الأجزاء منع، وإلا فلا. اهـ. (قوله:

بيانه إلى آخره) أي بيان كونه مؤديا إلى ذلك المحذور اهـ (قوله: أنه لو انكشف نصف ثمن الفخذ إلى آخره) قال صاحب القنية نقلا من الروايات انكشف شيء من شعرها في صلاتها ومن فخذها شيء ومن ساقها شيء ومن ظهرها شيء ومن بطنها فلو جمع يكون قدر ربع شعرها أو ربع فخذها أو ربع ساقها لم تجز صلاتها؛ لأن كلها عورة واحدة قال - رضي الله عنه - هذا نص على أمرين والناس عنهما غافلون أحدهما أن الجمع لا يعتبر بالأجزاء كالأسداس والاتساع بل بالقدر والثاني أن المكشوف من الكل لو كان قدر ربع أصغر الأعضاء المكشوفة يمنع الجواز حتى لو انكشف من الأذن تسعها ومن الساق تسعها يمنع؛ لأن المكشوف قدر ربع الأذن اهـ قوله: كلها عورة واحدة أي كل واحد من هذه الأعضاء عورة واحدة وقد بلغ المجموع ربعه فيمنع. اهـ. (قوله: ولم يبلغ ربع جميع العورة) وهو جميع الفخذ والأذن اهـ (قوله: نصف عشر كل منها) أي من الأعضاء اهـ: (قوله: يخالف القاعدة) وهي بطلان الصلاة بانكشاف ربع الجميع. اهـ. .

(قوله: لقول عمر إلى آخره) هذا المروي عن عمر قال السروجي لم أجده في كتب الحديث وقال الكمال فيه والله أعلم به. اهـ.

(قوله: يا دفار) أي يا منتنة (قوله: مهنتها) بفتح الميم وكسرها الخدمة من مهن القوم خدمهم وأنكر الأصمعي الكسر كذا في الصحاح. اهـ. كاكي (قوله: لأن لهما مزية) أي على بقية الأعضاء في الاشتهاء اهـ (قوله: والمستسعاة) المستسعاة المرهونة إذا أعتقها الراهن وهو معسر حرة بالاتفاق. اهـ. سروجي (قوله: تقنعت) هو **جواب** وقوله: بعمل رفيق أي بأن تقنعت بيدها الواحدة.

(قوله: ولو وجد ثوبا ربعه طاهر إلى آخره) قال في الدراية ولو وجد ثوبا حريرا لا يصلي عريانا بل يصلي فيه إلا عند أحمد. اهـ. (قوله: وصلى عريانا إلى آخره) ذكر في الغاية في آخر كتاب صلاة المريض عريان معه ثوب ديباج وثوب كرباس فيه نجاسة أكثر من قدر الدرهم يتعين الصلاة في الديباج. اهـ. (قوله: إن طهر أقل من ربعه) أي أو كان كله نجسا. اهـ. غاية قال في الدراية ولو ستر عورته بجلد ميتة غير مدبوغ وصلى معه لا يجوز بخلاف ما لو صلى مع الثوب النجس؛ لأن نجاسة الجلد أغلظ بدليل أنها لا تزول بالغسل ثلاثا بخلاف نجاسة الثوب اهـ." (١)

"وفي قوله القومة نوع **إشكال** فإنه قد تقدم من قريب أن الرفع من الركوع سنة وهو القومة فيكون تكرارا.

قال - رحمه الله - (والصلاة على النبي - صلى الله عليه وسلم - والدعاء) يعني بعد التشهد في القعدة الأخيرة لقوله - عليه الصلاة والسلام - «إذا صلى أحدكم فليبدأ بالثناء على الله تعالى، ثم بالصلاة، ثم بالدعاء» وقال الشافعي - رحمه الله - الصلاة على النبي - صلى الله عليه وسلم - فرض لقوله تعالى ﴿صلوا عليه﴾ [الأحزاب: ٥٦] والأمر للوجوب ولا تجب خارج الصلاة فتعينت في الصلاة، وإلا يلزم ترك الأمر ولنا أنه - عليه الصلاة والسلام - علم الأعرابي فرائض الصلاة ولم يعلمه الصلاة على النبي - صلى الله عليه وسلم - ولو كان فرضا لعلمه، وكذا لم يرو في تشهد أحد من الصحابة ومن

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١/٩٧

أوجبها فقد خالف الآثار وقال جماعة من أهل العلم إن الشافعي – رحمه الله – خالف الإجماع في هذه المسألة وليس له سلف يقتدى به منهم ابن المنذر محمد بن جرير الطبري والطحاوي وليس في الآية دلالة على ما قال؛ لأن الأمر لا يقتضي التكرار بل يجب في العمر مرة كما اختاره الكرخي أو كلما ذكر النبي – صلى الله عليه وسلم – كما اختاره الطحاوي فعلى التقديرين قد وفينا بموجب الأمر بقولنا السلام عليك أيها النبي فلا يجب ثانيا في ذلك المجلس إذ لو وجب لما تفرغ لعبادة أخرى؛ لأن الصلاة لا تخلو عن ذكره – عليه الصلاة والسلام – فيكتفي بمرة في كل مجلس.

قال – رحمه الله – (وآدابها) أي آداب الصلاة (نظره إلى موضع سجوده) أي في حالة القيام وفي حالة الركوع إلى ظهر قدميه وفي سجوده إلى أرنبته وفي قعوده إلى حجره وعند التسليمة الأولى إلى منكبه الأيمن وعند الثانية إلى منكبه الأيسر؛ لأن المقصود الخشوع وترك التكلف فإذا تركه وقع بصره في هذه المواضع قصد أو لم يقصد قال – رحمه الله – (وكظم فمه عند التثاؤب) أي إمساك فمه والمراد به سده لقوله – عليه الصلاة والسلام – «التثاؤب في الصلاة من الشيطان فإذا تثاءب أحدكم فليكظم ما استطاع» ولقوله – عليه الصلاة والسلام – «إذا تثاءب أحدكم فليرده بيده ما استطاع فإن أحدكم إذا تثاءب ضحك منه الشيطان» قال – رحمه الله – (وإخراج كفيه من كميه عند التكبير)؛ لأنه أقرب إلى التواضع وأبعد إلى التشبه بالجبابرة وأمكن من نشر الأصابع قال – رحمه الله – (ودفع السعال ما استطاع)؛ لأنه ليس من أفعال الصلاة ولهذا لو كان بغير عذر تفسد صلاته فيجتنبه ما أمكنه الاجتناب عنه قال – رحمه الله – (والقيام حين قيل حي على الفلاح)؛ لأنه أمر به فيستحب المسارعة إليه وإن لم يكن الإمام حاضرا لا يقومون حتى يصل إليهم ويقف مكانه في رواية وفي أخرى يقومون إذا اختلط بهم وقيل يقوم كل صف ينتهي إليه الإمام وهو الأظهر وإن دخل من قدام وقفوا حين يقع بصرهم عليه وعند زفر يقومون حين قيل قد قامت الصلاة الأولى ويحرمون عند الثانية قلنا هذا إخبار عن قيام الصلاة فلا بد من القيام قبله ليكون صادقا في إخباره

ــــــــQقوله: وفي قوله القومة نوع **إشكال** إلى قوله تكرارا) ليس هو ثابت في خط الشارح – رحمه الله – وإنما هو موجود في بعض نسخ الشرح التي ليست بخط الشارح فليعلم ذلك قلت وعلى تقدير ثبوتها في خط الشارح فالمراد بالقومة حقيقتها وبالرفع ما ينطلق عليه اسم الرفع لا حقيقة القيام وبما ذكرنا يحصل **الجواب** عن المصنف ويرتفع **الإشكال** ودعوى التكرار، والله أعلم بالصواب. اهـ. (قوله: وهو القومة فيكون تكرارا إلى آخره) تقدم **الجواب** عنه. اهـ .

(قوله: كما اختاره الطحاوي) أي لقوله – عليه الصلاة والسلام – «من ذكرت عنده ولم يصل علي فقد جفاني». اهـ. قال في الفتح ظاهر السوق التقابل بين قول الطحاوي والقول بالمرة ولا ينبغي ذلك؛ لأن الوجوب مرة مراد قائله الافتراض ولا ينبغي أن يحمل قول الطحاوي عليه كما ذكر؛ لأن مستنده خبر واحد وهو غير مخالف في أنه لا إكفار بجحد مقتضاه بل التفسيق بل التقابل بين القول باستحبابه إذا ذكروا قول الطحاوي والأولى قول الطحاوي وجعل في الفقه قول الطحاوي أصح واختيار صاحب المبسوط قول الكرخي بعد النقل عنهما ظاهر في اعتبار التقابل، ثم الترجيح وهو بعيد لما قلنا. اهـ. فتح قال الكمال – رحمه الله – وموجب الأمر القاطع الافتراض مرة في العمر في الصلاة أو خارجها؛ لأنه لا يقتضي التكرار

وقلنا به. اهـ. واعترض على قول الطحاوي فخر الإسلام في الجامع الكبير بأن الصلاة على النبي – صلى الله عليه وسلم – لم تخل عن ذكره فلو وجبت كلما ذكر لا نجد فراغا عن الصلاة عليه مدة عمرنا وأجيب عنه بأن الفراغ يوجد بالتداخل كما في سجدة التلاوة إذا اتحد المجلس لكن لقائل أن يمنع هذا **الجواب** بأن التداخل يوجد في حق الله والصلاة على النبي – صلى الله عليه وسلم – حقه وفي قوله جفاني دلالة عليه ولا تداخل في حقوق العباد ولهذا قالوا من عطس وحمد الله مرارا في مجلس ينبغي للسامع أن يشمته في كل مرة ويجيب عن اعتراضه بأن نقول المراد من ذكر النبي – صلى الله عليه وسلم – الموجب للصلاة عليه الذكر المسموع في غير ضمن الصلاة عليه قال الإمام السرخسي والمختار أنها مستحبة كلما ذكر النبي – صلى الله عليه وسلم – وعليه الفتوى. اهـ. ابن فرشتا.

[آداب الصلاة]

(قوله: وآدابها) هي ستة على ما ذكره. اهـ. ع (قوله في المتن: نظره إلى موضع سجوده إلى آخره) أي مطلقا سواء كان في حال القيام أو الركوع أو التشهد وفي رواية في حال القيام فقط. اهـ. رازي (قوله: وفي قعوده إلى حجره) قال الرازي في شرحه ومن خطه نقلت وفي التشهد إلى مسجده. اهـ. (قوله في المتن: وإخراج كفيه من كميه عند التكبير) أي الأول إلا عند الخوف من البرد. اهـ. ع (قوله: ولهذا لو كان بغير عذر) أي وحصلت منه حروف. اهـ. ع (قوله في المتن: والقيام) أي قيام الإمام والقوم. اهـ. ع قال في الوجيز والسنة أن يقوم الإمام والقوم إذا قال المؤذن حي على الفلاح. اهـ. ومثله في المبتغى. اهـ.." (١)

"لأنهما من خصائص الجماعة ومنها القعدة الأولى حتى لو تركها يجب عليه سجود السهو. وكذا تأخير الركن يوجب السهو حتى لو أخر سجدة من الركعة الأولى إلى آخر الصلاة يجب عليه سجود السهو، وكذا تكراره كركوعين أو ثلاث سجدات، وفي البدائع اختلفوا في ترك تعديل الأركان والقومة والقعدة بين السجدتين في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بناء على أن ذلك واجب أو سنة.

قال – رحمه الله – (وبسهو إمامه) أي يجب عليه سجود السهو بسهو إمامه لما روي «أنه – عليه الصلاة والسلام – سجد وسجد القوم معه» ولأنه بالاقتداء صار تبعا للإمام؛ ولهذا يلزمه الأربع باقتدائه بالإمام المقيم أو نوى إمامه الإقامة ولا يشترط أن يكون مقتديا به وقت السهو حتى لو أدرك الإمام بعدما سها يلزمه أن يسجد مع الإمام تبعا له، ولو دخل معه بعد ما سجد سجدة السهو يتابعه في الثانية ولا يقضي الأولى، وإن دخل معه بعدما سجدهما لا يقضيهما، وإن لم يسجد الإمام لا يسجد المؤتم؛ لأنه يصير مخالفا لإمامه وما التزم الأداء إلا تبعا له بخلاف تكبير التشريق حيث يأتي به المؤتم، وإن تركه الإمام؛ لأنه يؤدى في حرمة الصلاة فلا يكون الإمام فيه حتما وسجود السهو يؤدى في حرمتها؛ ولهذا يجوز الاقتداء به بعد ما سجد للسهو.

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٠٨/١

قال – رحمه الله – (لا بسهوه) أي لا يجب بسهو نفسه يعني المقتدي؛ لأنه لو سجد وحده كان مخالفا لإمامه، ولو تابعه الإمام ينقلب التبع أصلا، ولو كان مسبوقا فسها بعد ما قام لقضاء ما سبق به يلزمه السهو؛ لأنه منفرد فيما يقضيه، ولو سلم المسبوق مع الإمام ينظر فإن سلم مقارنا لسلام الإمام أو قبله فلا سهو عليه؛ لأنه مقتد به، وإن سلم بعده يلزمه السهو؛ لأنه منفرد وقيل: يلزمه في التسليمة الثانية دون الأولى ذكره ابن سماعة عن محمد في النوادر.

قال – رحمه الله – (وإن سها عن القعود الأول وهو إليه أقرب عاد)؛ لأن ما يقرب إلى الشيء يأخذ حكمه ثم، قيل يسجد للسهو للتأخير؛ لأنه بقدر ما اشتغل بالقيام أخر واجبا وجب وصله بما قبله وقيل: لا يسجد، وهو الأصح؛ لأنه لم

ـــــــقوله؛ لأنهما من خصائص الجماعة إلى آخره) كذا في الهداية قال الأكمل وأما كون وجوب المخافتة من خصائصها فممنوع؛ لأن المنفرد يجب عليه المخافتة فيجب السهو بتركها أجيب بأن ذلك وجه رواية النوادر وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في المنفرد إذا جهر فيما يخافت أن عليه السهو لما ذكرنا وأما على ظاهر الراوية فلا نسلم أن المخافتة واجبة عليه؛ لأنها وجبت لنفي المغالطة وإنما يحتاج إلى ذلك في صورة تؤدى على الشهرة والمنفرد لم يؤد كذلك فلم تكن المخافتة واجبة عليه. اهـ .

(قوله في المتن وبسهو إمامه) معطوف على قوله بترك الواجب أي يجب سجود السهو بتركه واجبا إن كان منفردا أو بترك إمامه الواجب إن كان مقتديا كذا نقلته من خط الشارح وكتب ما نصه بشرط أن يسجد الإمام حتى لو تركها الإمام يتركها المقتدي أيضا اهـ ع (قوله ولأنه بالاقتداء صار تبعا للإمام) حتى قالوا لو ترك بعض من خلف الإمام التشهد حتى قاموا معه بعد ما تشهد كان على من لم يتشهد أن يعود فيتشهد ويلحقه، وإن خاف أن يفوته الركعة الثالثة بخلاف المنفرد حيث لا يعود؛ لأن التشهد هنا فرض بحكم المتابعة، وهذا بخلاف ما إذا أدرك الإمام في السجود فلم يسجد معه السجدتين فإنه يقضي السجدة الثانية ما لم يخف فوت ركعة فإن خاف ذلك تركها؛ لأن هناك هو يقضي هاتين السجدتين ضمن قضاء الركعة فعليه أن يشتغل بإحراز الركعة الأخرى إذا خاف فوتها، وهنا لا يقضي التشهد بعد هذا فعليه أن يأتي به ثم يتبع كالذي نام خلف إمامه، ثم انتبه. اهـ. فتح (قوله ولا يشترط أن يكون مقتديا به وقت السهو إلى آخره) قال في المحيط اللاحق إذا سجد للسهو مع إمامه لا يعتد به ويسجد في آخر صلاته؛ لأن ما أدركه معه ليس بآخر صلاته بخلاف المسبوق؛ لأن ما أدركه معه آخر صلاة الإمام فيصير في حقه آخرا تحقيقا للمتابعة، ولو تابع المسبوق إمامه في سجدتي السهو، ثم تبين أنه لم يكن عليه سهو فسدت صلاته؛ لأنه اقتدى في موضع يجب انفراده وفي الفتاوى إن لم يعلم المسبوق أنه لم يكن عليه سهو لم تفسد صلاته، وإن علم فسدت. اهـ. غاية.
قال في شرح الطحاوي واللاحق لا يتابع الإمام في سجدتي السهو قبل أن يقضي ما عليه؛ لأنه في الحكم كأنه خلف الإمام فيأتي بهما في الموضع الذي أتى به الإمام. اهـ. (قوله؛ لأنه يصير مخالفا لإمامه إلى آخره) وقد أورد على المصنف في قوله؛ لأنه يصير مخالفا لإمامه **إشكال**، وهو ما إذا قام المسبوق لقضاء ما سبق بعد فراغ الإمام والمقيم إذا اقتدى بالمسافر يتم ركعتين بعد فراغ الإمام، علم بها أن المخالفة بعد الفراغ لا تعد مخالفة وفي النهاية **جوابه** أن هاهنا يصير مخالفا وهناك لا

وذلك؛ لأن المقتدي لو سجد فلا يخلو إما أن يسجد في الحالة التي مع الإمام أو بعدها ففي الأول مخالفة صورة ومعنى، وفي الثاني معنى لا صورة؛ لأن سجود السهو لجبر النقصان في صلاة أداها مع الإمام هاهنا فصار كأنه سجدها في تلك الحالة التي مع الإمام فكانت مخالفة معنى بخلاف تينك المسألتين فإنهما يتحققان بعد فراغ الإمام ولم يتعلقا بصلاة الإمام فلا تكون مخالفة صورة ولا معنى. اهـ. كاكي.

(قوله، ولو سلم المسبوق مع الإمام إلى آخره) هذا إذا سلم ساهيا أما إذا سلم مع علمه أنه مسبوق فسدت صلاته؛ لأن سلام العمد بمنزلة الكلام في شرح الطحاوي (قوله وقيل يلزمه في التسليمة الثانية إلى آخره) قال في الغاية، ولو سلم المسبوق مع الإمام فعليه سجدتا السهو في التسليمة الثانية دون الأولى؛ لأنه منفرد في الثانية ا هـ

(قوله في المتن، وإن سها عن القعود الأول) أي في ذوات الأربع أو الثلاث من الفرض فإنه وضع المسألة في مبسوط شيخ الإسلام والمحيط في الظهر؛ ولأن القعدة الأولى في التطوع فرض فكانت كالقعدة الأخيرة حتى يعود إليها لا محالة وإن استوى قائما. اهـ. كاكي." (١)

"بيعه من رب المال وليس لرب المال عزله بعدما صار عروضا ثم رجع وقال لا يعشره وهو قولهما لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه في أداء الزكاة فصار كالأجير ولو كان المضارب قد ربح في مال المضاربة عشر نصيبه إذا بلغ نصابا وقال الشافعي لا يعشره بناء على أصله أنه ليس بشريك وإنما يستحقه بطريق الأجرة فلا يملكه إلا بالقبض كالعمالة وعندنا يملك نصيبه من الربح على ما عرف في موضعه

قال - رحمه الله - (وكسب المأذون) أي لا يعشر كسب العبد المأذون له في التجارة إذا مر به على العاشر لأنه ليس بمالك له لأن العبد لا يملك المال ولا نائب عن المولى في أداء الزكاة وهذا عندهما وعند أبي حنيفة يعشره وقال أبو يوسف لا أدري أن أبا حنيفة رجع عن هذه أم لا وقياس قوله الثاني في المضاربة أنه لا يعشره لما ذكرنا ومن المشايخ من تكلف في الفرق بينهما فقال إن العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة على المولى ولا يتقيد بنوع من التجارة إذا قيد المولى به بخلاف المضارب فإنه يكون رجوعه في المضاربة رجوعا فيه وقد ذكر في كتاب الزكاة من الأصل أنه لا يؤخذ من هؤلاء جميعا بعد ذكر المضارب والمستبضع والعبد المأذون له فكان هذا حاصل الجواب وهو الصحيح لما ذكرنا من عدم الملك ولو كان مولاه معه يؤخذ منه لأن المال له إلا إذا كان على العبد دين محيط بماله ورقبته لانعدام الملك عند أبي حنيفة وللشغل عندهما

قال - رحمه الله - (وثنى إن عشر الخوارج) أي إذا مر على عاشر الخوارج وهم البغاة فعشروه ثم مر على عاشر العدل يؤخذ منه ثانيا لأن التقصير من جهته حيث مر بهم بخلاف ما إذا غلبوا على بلاد فأخذوا الزكاة وغيرها حيث لا تؤخذ منهم ثانيا إذا ظهر عليهم الإمام لأن التقصير من الإمام على ما بيناه من قبل والله أعلم

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٩٥/١

[باب الركاز]

(باب الركاز) وهو اسم لما يكون تحت الأرض خلقة أو بدفن العباد والمعدن اسم لما يكون فيها خلقة والكنز اسم

ــــــــQقوله بعدما صار) أي رأس المال. اهـ. (قوله ولا نائب عنه) أي والزكاة تستدعي نية من عليه وهو كالمالك في التصرف الاسترباحي لا في أداء الزكاة. اهـ. فتح (قوله إذا بلغ نصابا) ويكون عنده من المال ما يكمل به النصاب فيؤخذ منه لأن ملكه فيه كامل حتى يستحق به الشفعة. اهـ. غاية

(قوله ومن المشايخ من تكلف في الفرق إلى قوله حتى لا يرجع بالعهدة على المولى) أي بل يباع العبد فيها وما زاد فيطالب به بعد العتق لأن الإذن فك الحجر فيكون متصرفا لنفسه. اهـ. كاكي قال الكمال - رحمه الله - لا يخفى عدم تأثير هذا الفرق فإن مناط عدم الأخذ من المضارب وهو القول المرجوع إليه كونه ليس بمالك ولا نائب عنه فليس له ذلك ولأنه لا نية حينئذ ومجرد دخوله في الحماية لا يوجب الأخذ إلا مع وجود شروط الزكاة على ما مر أول الباب فلا أثر لما ذكر في الفرق فالصحيح أنه لا يأخذ من المأذون كما صححه في الكافي اهـ (قوله بخلاف المضارب) أي لأنه يتصرف بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة على رب المال بأن اشترى شيئا للمضاربة أو استأجر دابة ليحمل عليها متاع المضاربة فضاع المال قبل أن ينعقد ذلك منه يرجع بذلك على رب المال. اهـ. كاكي (قوله أنه لا يؤخذ من هؤلاء جميعا) أي في قولهم جميعا. اهـ. غاية (قوله إلا إذا كان على العبد دين محيط بماله ورقبته إلى آخره) وكذا الحكم على قولهم فيما لو كان يحيط بماله فقط وعليه اقتصر في الهداية والكافي قال فيهما إلا إذا كان على العبد دين محيط بماله لانعدام الملك أو للشغل اهـ وهو أولى مما في هذا الشرح إذ الحكم فيما لو كان يحيط بماله ورقبته يفهم منه بطريق الأولى وفي الدراية ما نصه وذكر المحبوبي لو كان عليه دين يحيط بكسبه لا **إشكال** أنه لا يؤخذ سواء كان معه مولاه أو لا عند أبي حنيفة لأنه لا مالك لهذا المال وقت المرور وعندهما شغل الدين مانع لوجوب الزكاة بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين أو دين لم يحط بكسبه عشر الفاضل من الدين إذا بلغ النصاب ويعتبر فيه حال المولى فإن كان مولاه المسلم والعبد النصراني أخذ ربع العشر وبالعكس أخذ نصف العشر اهـ والله أعلم

(باب الركاز) أخر هذا الباب عن العاشر لما أن العشر أكثر وجودا من الخمس الذي يؤخذ من المعادن وكان بيانه أحوج لكثرة وقوعه أو لأن العشر أقل من الخمس والقليل مقدم على الكثير ذاتا فقدم بيانا. اهـ. (قوله والمعدن إلى آخره) المعدن من العدن وهو الإقامة ومنه يقال عدن بالمكان إذا أقام به ومنه جنات عدن ومركز كل شيء معدنه عن أهل اللغة فأصل المعدن المكان بقيد الاستقرار فيه ثم اشتهر في نفس الأجزاء المستقرة التي ركبها الله تعالى في الأرض يوم خلق الأرض حتى صار الانتقال من اللفظ إليه انتقالا بلا قرينة والكنز للمثبت فيها من الأموال بفعل الإنسان والركاز يعمهما لأنه من الركز

مرادا به المركوز أعم من كون راكزه الخالق أو المخلوق فكان حقيقة فيهما مشتركا معنويا وليس خاصا بالدفين ولو دار الأمر فيه بين كونه مجازا فيه أو متواطئا إذ لا شك في صحة إطلاقه على المعدن كان المتواطئ متعينا. اهـ. كمال." (١)

"﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] ونصف المسمى خمسة دراهم، وعند زفر - رحمه الله - تجب المتعة إذا سمى أقل من عشرة بناء على ما تقدم من مذهبه أنه كانعدامه وفي العشرة يجب النصف بالإجماع لما تلونا

وقال صاحب الهداية: الأقيسة متعارضة ومراده قياسان بيانه أن فيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره ومقتضاه وجوب جميع المهر لا سيما إذا كان بعد عرض نفسها عليه كالمشتري إذا أتلف المبيع في يد البائع وفيه أيضا عود المعقود عليه وهو البضع إليها سالما ومقتضاه أن لا يجب لها شيء لا سيما إذا كان بسؤالها كالتقايل في البيع فتعارضا فرجعنا إلى النص فإن قيل هذا يشير إلى أن القياس مقدم على النص حيث رجع إلى النص لتعذر العمل بالقياس، والمذهب أن القياس لا يصار إليه إلا عند عدم النص قلنا النص مخصوص بالخلوة وتسمية الخمر ونحوها حيث لا يتنصف المسمى فيهما بل يجب كل المهر في الأول والمتعة في الثاني والقياس يعارض مثله وهو المذهب ورد في الغاية هذا **الجواب** فقال: لا يجوز ترك النص المخصوص بالقياس وإنما يجوز زيادة التخصيص به، وهذا لا يكاد يصح؛ لأنهم لم يختلفوا في أن القياس يعارض النص المخصوص وإنما اختلفوا في جواز الاحتجاج به بعد التخصيص فمذهب الكرخي أنه لا يبقى حجة أصلا عارضه القياس أو لا

والصحيح أنه يبقى حجة لا على اليقين فيعمل به إذا لم يعارضه حجة شرعية من خبر الواحد وقول الصحابي والقياس؛ ولأنه ليس فيه ترك النص المخصوص بالقياس هنا فلا يرد عليه ما ذكر، ثم ذكر في الحواشي سؤالا فقال: فإن قيل ليس من شأن التعارض بين القياسين تركهما بل العمل بأحدهما قلنا إنما يجوز العمل بأحدهما إذا لم يخالفهما نص على أن التنصيف عمل بكل واحد منهما من وجه، فإن القياس المقتضي لوجوب الكل يعمل به في إيجاب النصف والقياس المقتضي لسقوط الكل يعمل به في إسقاط النصف وهو مقتضى النص أيضا

وقال صاحب الغاية ردا لما ذكره في الحواشي الأصل إذا تعارض الحجتان ولم يمكن ترجيح إحداهما على الأخرى تهاترتا وتساقطتا ولا يعمل بإحداهما وهو سهو منه أيضا؛ لأن ذلك في الآيتين أو السنتين، أما إذا وقع التعارض بين القياسين أو بين أقوال الصحابة لا يسقطان بل يجب العمل بأحدهما؛ لأن التعارض من حكم جهلنا بالناسخ فيختص بمحل يقبل النسخ وهو الكتاب أو السنة وأما القياس وأقوال الصحابة فلا يتصور نسخ بعضه ببعض فلا يتعارضان في الحقيقة وإنما هو يشبه التعارض صورة فلا يبطل أحدهما بالآخر بل يجب العمل بأحدهما بشهادة قلبه فيختار أيهما شاء فحاصله أن في قوله والأقيسة متعارضة **إشكالا** من أربعة أوجه، أحدها أن القياس لا يعتبر مع وجود النص فكيف اعتبره هنا، والثاني أن القياسين إذا تعارضا لا يتركان بل يعمل بأحدهما فكيف تركهما هنا، والثالث أن القياسين لا يتعارضان في الحقيقة فكيف قال متعارضة، وقد تقدم **جواب** الثلاثة

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٢٨٧/١

والوجه الرابع أن الحجتين إذا تعارضتا يصار إلى الأضعف لا إلى الأقوى كالآيتين مثلا إذا تعارضتا يصار إلى السنة، وإذا تعارض السنتان يصار إلى قول الصحابة أو القياس فكيف صار هنا لتعارض القياسين إلى الكتاب **فجواب** هذا قد تقدم أيضا وهو أن النص المخصوص أضعف من القياس فلهذا صار إليه بعد التعارض.

قال – رحمه الله – (وإن لم يسمه أو نفاه فلها مهر مثلها) أي وإن لم يسم المهر في العقد أو نفاه فلها مهر مثلها إن وطئ أو مات عنها، وكذا إذا ماتت هي؛ لأن الواجب بالعقد في مثله مهر المثل ولهذا كان لها أن تطالبه به قبل الدخول فيتأكد ويتقرر بموت أحدهما أو بالدخول على ما مر في المهر المسمى في العقد، وقال الشافعي – رحمه الله –: لا يجب بنفس العقد شيء، وكذا بالدخول والموت عند بعضهم؛ لأن المهر خالص حقها فتتمكن من

ـــــــQتصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت ولو وطئت الجارية بشبهة فحكم العقد كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل كالأرش؛ لأنه بدل جزء من عينها فإن المستوفى بالوطء في حكم العين دون المنفعة وسنذكر لحكم الزيادة المذكورة وإزالة البكارة بلا دخول كمن تزوج ببكر فدفعها فزالت بكارتها ليس كالدخول فلا يوجب إلا نصف المهر عند أبي حنيفة، وعند محمد عليه كما له واختلفت الرواية عن أبي يوسف فقيل هو مع محمد، وقيل هو مع أبي حنيفة اهـ. كمال (قوله: وعند زفر تجب المتعة إذا سمى أقل من عشرة) وفي المبسوط، وكذا لو تزوجها على ثوب يساوي خمسة فلها الثوب والخمسة خلافا له ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف، وعنده المتعة وتعتبر قيمة الثوب يوم التزوج عليه، وكذا لو سمى مكيلا أو موزونا؛ لأن تقدير المهر واعتباره عند العقد وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه في الثوب يعتبر قيمته يوم القبض وفي المكيل والموزون يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا بنفس العقد، والثوب لا يثبت ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلهذا تعتبر قيمته وقت القبض اهـ. وعلم مما ذكر أن المراد ثوب بغير عينه أما لو كان بعينه فإنها تملكه بنفس العقد كما سيعلم اهـ. فتح (قوله: قلنا) أي العمل بالقياس في معارضة النص المخصوص جائز، وهذا النص إلخ اهـ. غاية (قوله: والقياس يعارض) أي ما إذا سمى بعد العقد الخالي عن التسمية فإنه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول اهـ. فتح (قوله: ولا يعمل بإحداهما) أي للترجيح من غير مرجح اهـ. (قوله: فحاصله أن في قوله) أي في قول صاحب الهداية اهـ. (قوله: **إشكالا**) الذي في خط الشارح **إشكال** وهو سبق قلم اهـ.

(قوله: وإن لم يسم المهر في العقد إلخ، وقوله: إن وطئ أو مات) اهـ. (قوله: وقالت الشافعية لا يجب بنفس العقد شيء) أي من غير تسمية اهـ.." (١)

"نصف التطليقتين تطليقة فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف تطليقتين يقع ثلاث تطليقات ضرورة، ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان؛ لأنها طلقة ونصف فتتكامل وقيل يقع ثلاث تطليقات؛ لأن كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلاثا، ولو قال أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وسدس تطليقة وهي مدخول بها طلقت ثلاثا؛ لأنه

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٣٩/٢

أوقع من كل تطليقة جزءا فيتكامل كل جزء، وهذا لأنه ذكر كل طلقة منكرا والمنكر إذا أعيد منكرا كان الثاني غير الأول بخلاف ما إذا قال أنت طالق نصف تطليقة وثلثها وسدسها حيث تطلق واحدة؛ لأن الثاني والثالث معرف فيكون عين الأول فتكون الأجزاء من طلقة واحدة فيضم بعضها إلى بعض حتى تكمل ثم إذا تمت واحدة وفضل شيء وقعت ثانية ثم لا تقع ثالثة حتى تزيد الأجزاء على الثانية، وهذا هو الحرف ويتبين ذلك فيما إذا طلقها ثلاثة أرباع طلقة أو أربعة أرباع حيث تقع واحدة في المعرف وثلاثة في المنكر لما ذكرنا، ولو قال خمسة أرباع يقع ثنتان في المعرف وثلاث في المنكر وعلى هذا في كل جزء سماه كالأخماس والأعشار.

قال – رحمه الله – (ومن واحدة أو ما بين واحدة إلى ثنتين واحدة وإلى ثلاث ثنتان) معناه إذا قال لامرأته أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو بين واحدة إلى ثنتين تطلق واحدة، ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث أو بين واحدة إلى ثلاث تطلق ثنتين، وهذا عند أبي حنيفة – رحمه الله – تدخل الغاية الأولى دون الثانية، وقالا تدخل الغايتان حتى يقع في الأولى ثنتان وفي الثانية ثلاث، وقال زفر لا تدخل الغايتان حتى لا يقع في الأولى شيء وفي الثانية تقع واحدة وهو القياس؛ لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما إذا قال بعتك من هذا الحائط إلى هذا الحائط، وجه قولهما وهو الاستحسان إن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل يقال خذ من مالي من درهم إلى مائة ويقال كل من مالي من الملح إلى الحلو ويراد به الإذن في الكل ويقال اشتر لي عبدا بدراهم من مائة إلى ألف يكون له أن يشتريه بألف والمطلق محمول على العرف، ولأن الغاية لا بد من وجودها وهو بالوقوع هنا ولأبي حنيفة أن مثل هذا الكلام يراد به الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر

ـــــــQوصورته أن يقول لزوجته طلقي نفسك نصف تطليقة فقالت طلقت نفسي طلقة فإنه لا يقع شيء لما قلنا بخلاف ما إذا قالت والمسألة بحالها طلقت نفسي نصف تطليقة حيث يقع واحدة. اهـ. (قوله وثلاث أنصاف تطليقتين ثلاث) هذه من خواص الجامع الصغير وإنما أوردها محمد **إشكالا** يتراءى وهو أن ثلاث أنصاف تطليقتين واحدة ونصف؛ لأن كل طلقة إذا نصفتها تكون نصفين وكان ينبغي أن يقع الطلقتان لا الثلاث كما إذا قال أنت طالق واحدة ونصفا **وجوابه** أن النصف الواحد من تطليقتين واحدة فإذا كان نصف واحدة طلقة واحدة يكون ثلاثة أنصاف ثلاث طلقات ضرورة. اهـ. أتقاني قوله يكون ثلاث أنصاف ثلاث طلقات ضرورة قال الكمال – رحمه الله – وينبغي أن لا تقع الثالثة؛ لأن في إيقاعها شكا؛ لأن ثلاثة أنصاف تطليقتين يحتمل ما ذكرنا ويحتمل كونه طلقة ونصفا؛ لأن التطليقتين إذا نصفتا صارتا أربعة أنصاف فثلاثة منها طلقة ونصف فتكمل طلقتين، وهذا غلط من اشتباه قولنا نصفنا تطليقتين ونصفنا كلا من تطليقتين والثاني هو الموجب للأربعة الأنصاف وهو احتمال في ثلاثة أنصاف تطليقتين فيثبت بالنية لا في القضاء؛ لأن الظاهر هو أن نصف التطليقتين تطليقة لا نصفا تطليقتين. اهـ. (قوله قيل يقع تطليقتان)، وهذا هو المنقول عن محمد في الجامع الصغير وإليه ذهب النافع في الأجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير. اهـ. أتقاني وكتب ما نصه قال العتابي هو الصحيح. اهـ. أتقاني. (قوله وبتبين ذلك فيما إذا طلقها ثلاثة أرباع) أي بأن قال أنت طالق ربع تطليقة وربع تطليقة وربع تطليقة يقع ثلاث هذا في المنكر وفي المعرف كما إذا قال أنت طالق ربع تطليقة وربعها وربعها يقع واحدة اهـ. (قوله، ولو قال خمسة أرباع) أي

لو ذكر خمسة أرباع بأن قال أنت طالق ربع تطليقة وربعها وربعها وربعها وربعها يقع ثنتان هذا في المعرف وفي المنكر ثلاث وصورته ظاهرة.

(قوله، ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث إلخ)، وكذا الخلاف أيضا لو قال من ثلاث إلى واحدة أو ما بين ثلاث إلى واحدة؛ لأن الغاية الأولى أقلهما مقدارا لا التي بدأ بها أولا. اهـ. قنية (قوله، وقال زفر إلخ) وعلى هذا الخلاف إذا قال لك من درهم إلى عشرة فعنده يلزمه تسعة وعندهما عشرة وعند زفر ثمانية. اهـ. أتقاني. (قوله؛ لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية) أي وإلا فلا تكون الغاية غاية. اهـ. أتقاني (قوله وجه قولهما وهو الاستحسان إلخ) مقتضى قوله وهو الاستحسان أن يكون المفتى به اهـ

قال الأتقاني وجه قولهما وهو الاستحسان أن الشيء متى جعل غاية وحدا لا بد من وجوده ليصح كونه غاية ووجود الطلاق بوقوعه والطلاق بعد الوقوع لا يحتمل الرفع فيقع الكل ضرورة أنه لا يحتمل الرفع. اهـ. (قوله ولأبي حنيفة أن مثل هذا الكلام إلخ) قال الأتقاني وفيه نظر؛ لأن الأكثر من الأقل لا يراد في قوله من واحدة إلى ثنتين عند أبي حنيفة، وكذا في قوله ما بين واحدة إلى ثنتين. اهـ. وقال الرازي – رحمه الله – ومن خطه نقلت فإذا قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث أو ما بين واحدة إلى ثلاث يجب أن يكون أكثر من الواحدة والأقل من الثلاث وذلك ثنتان وفي قوله أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو ما بين واحدة إلى ثلاث يجب أن يكون أكثر من الواحدة والأقل من الثلاث وذلك ثنتان وفي قوله أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو ما بين واحدة إلى ثنتين الأقل من الأكثر موجودا والأكثر من الأقل ليس بموجود فيقع الأقل من الأكثر لإمكانه ولا يقع الأكثر." (١)

"الخطر فيها والأصل فيها إن وهي صرف الشرط وما وراءها ملحق بها لما فيها من معنى الشرط؛ لأنها تدل على الوقت الذي هو علم عليه وكلمة كل وإن كانت تدخل على الأسماء لكنها جعلت منها؛ لأن الاسم الذي تدخل عليه يلازمه الفعل فكانت منها بهذا الاعتبار ومن جملة ألفاظ الشرط لو ومن وأي وأيان وأين وأنى ثم الجواب إذا تأخر عن الشرط يكون بالفاء إن لم يؤثر فيه الشرط لا لفظا ولا معنى وذلك في سبع مواضع نظموها موزونا في قوله

طلبية واسمية وبجامد ... وبما ولن وبقد وبالتنفيس

وإن تقدم فلا تدخل فيه الفاء واختلفوا فيه هل هو الجزاء أو يقدر بعد الشرط من جنسه فإذا عرفنا هذا فنقول لو قال لامرأته إن دخلت الدار أنت طالق طلقت للحال لعدم الرابط وهو الفاء فإن نوى تعليقه يدين، وكذا إن نوى تقديمه وفي رواية عن أبي يوسف لا يتنجز حملا لكلامه على الفائدة وهو أولى من إلغائه فيضمر الفاء كقوله

من يفعل الحسنات الله يشكرها ... الشر بالشر عند الله مثلان

، وهذا يبطل بما إذا أجاب بالواو فإنه يتنجز ويلغو الشرط مع أنه يمكن تعليقه حتى لو نواه يدين وفي الحكم روايتان ذكره في الغاية

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٢/٢٠١

ولو أخر الشرط وأدخل الفاء في الشرط لا رواية فيه ويمكن أن يقال يتنجز؛ لأن الفاء فاصلة ويمكن أن يقال يتعلق؛ لأن الفاء حرف تعليق، ولو قال أنت طالق إن فعند محمد يتنجز لعدم ذكر ما يتعلق به وعند أبي يوسف لا؛ لأن ذكره بيان إرادته التعليق، ولو قال أنت طالق دخلت الدار يتنجز لعدم التعليق والصفة المعتبرة كالشرط، مثل أن يقول المرأة التي أتزوجها طالق أو المرأة التي تدخل الدار طالق وذلك في غير المعينة

قال – رحمه الله – (ففيها إن وجد الشرط انتهت اليمين) يعني في الألفاظ التي تقدم ذكرها إذا وجد الشرط انتهت اليمين وانحلت؛ لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدون الشرط، وذكر في الغاية رجل قال لنسوة له من دخل منكن الدار فهي طالق فدخلت واحدة منهن مرارا طلقت بكل مرة تطليقة؛ لأن الفعل وهو الدخول أضيف إلى جماعة فيراد به تعميم الفعل عرفا مرة بعد أخرى كقوله تعالى ﴿ومن قتله منكم متعمدا﴾ [المائدة: ٩٥] أفاد العموم واستدل عليه بما ذكر في السير الكبير إذا قال الإمام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما وفيه **إشكال**؛ لأن عموم الصيد لكون الواجب فيه مقدرا بقيمة المقتول وفي السلب بدلالة حاله وهو أن مراده التشجيع وكثرة القتل وذهب بعض الناس إلى أن متى تقتضي التكرار واستدل عليه بقول الشاعر

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره ... تجد خير نار عندها خير موقد

، وقال آخر

متى تأتنا تلمم بنا في ديارنا ... تجد حطبا جزلا ونارا تأججا

وفي المحيط وجوامع الفقه لو قال أي امرأة أتزوجها فهي طالق فهو على امرأة واحدة بخلاف كل امرأة أتزوجها حيث يعم الصفة وهو أيضا مشكل حيث لم يعم قوله أي امرأة أتزوجها بعموم الصفة

قال – رحمه الله – (إلا في كلما لاقتضائه عموم الأفعال كاقتضاء كل عموم الأسماء)؛ لأن كلمة كلما وكل تفيد عموم ما دخلت عليه غير أن كلما تدخل على الأفعال وكل تدخل على الأسماء فيفيد كل واحد منهما عموم ما دخلت عليه قال الله تعالى ﴿كلما أوقدوا نارا للحرب أطفأها الله﴾ [المائدة: ٦٤]، وقال تعالى ﴿وكل شيء فصلناه تفصيلا﴾ [الإسراء: ١٢] فإذا وجد فعل واحد أو اسم واحد فقد وجد المحلوف عليه فانحلت اليمين في حقه وفي حق غيره من الأفعال والأسماء باقية على حالها فيحنث كلما وجد المحلوف عليه فيهما لا إلى نهاية ولا يقال إذا كانت اليمين بكلما فتكرر الشرط حتى بانت بثلاث ثم عادت إليه بعد زوج فوجد الشرط لا يقع شيء

ـــــــQقوله والأصل فيها إن) أي؛ لأنه لا يحتمل غيره اهـ رازي. (قوله إن لم يؤثر فيه الشرط) أراد بالشرط أداة الشرط وحيث لم يصح **الجواب** أن يكون شرطا لم تؤثر أداة الشرط فيه. (قوله وذلك في سبع مواضع) أي كونه بالفاء اهـ. (قوله طلبية واسمية إلخ) مثال الطلبية ﴿إن كنتم تحبون الله فاتبعوني﴾ [آل عمران: ٣١] ﴿فإن شهدوا فلا تشهد معهم﴾ [الأنعام: ١٥٠] ومثال الاسمية ﴿إن تعذبهم فإنهم عبادك﴾ [المائدة: ١١٨] ومثال الفعلية الجامدة ﴿إن تبدوا الصدقات فنعما هي﴾ [البقرة: ٢٧١] ﴿ومن يفعل ذلك فليس من الله في شيء﴾ [آل عمران: ٢٨] ومثال المقرونة بما ﴿فإن توليتم فما سألتكم من أجر﴾ [يونس: ٧٢] ومثال المقرونة بلن ﴿وما يفعلوا من خير فلن يكفروه﴾ [آل عمران: ١١٥] ومثال المقرونة بقد

﴿إن يسرق فقد سرق أخ له﴾ [يوسف: ٧٧] ومثال المقرونة بتنفيس ﴿وإن خفتم عيلة فسوف يغنيكم الله﴾ [التوبة: ٢٨] اهـ.

(قوله وذلك في غير المعينة) أما المعينة فلا تصح اهـ. (قوله فيحنث كلما وجد المحلوف عليه فيهما لا إلى نهاية) بخلاف سائر ألفاظ الشرط فإنها تدل على جنس الفعل لا التكرار وجنس الفعل يتحقق في المرة الواحدة فإذا وجد الفعل مرة انحلت اليمين ولا يقع الجزاء إذا وجد الفعل ثانيا لارتفاع اليمين. اهـ. أتقاني. (قوله ولا يقال إذا كانت اليمين بكلما) أي كما إذا قال لزوجته كلما دخلت الدار فأنت طالق اهـ." (١)

"مجرد صحة الإخبار فيتناولهما وشرط أن يطأها الزوج الثاني؛ لأنه ثبت بإشارة الكتاب وبالسنة المشهورة والإجماع أما الكتاب فإن النكاح المذكور فيه يحمل على الوطء حملا للكلام على الإفادة دون الإعادة إذ العقد استفيد بإطلاق اسم الزوج هكذا ذكره الأصحاب وفيه نظر فإن النكاح المنسوب إلى المرأة يراد به العقد لتصوره منها دون الوطء لاستحالته منها ويمكن أن يقال يجوز نسبته إليها مجازا كما تسمى زانية مجازا بالتمكين منه، وهذا أقرب من حمله على العقد؛ لأن في حمله على العقد مجازين أحدهما أن النكاح حقيقة للوطء ومجاز للعقد وفيه حمله عليه والثاني أن فيه تسمية الأجنبي زوجا باعتبار ما سيئول إليه وفيه حمل اللفظ على الإعادة أيضا وفي حمله على الوطء مجاز واحد وهو نسبة الوطء إليها فكان أولى.

وأما السنة فما روي عن عائشة – رضي الله عنها – أن رفاعة بن سموأل القرظي طلق امرأته تميمة بنت وهب فبت طلاقها فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير فجاءت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقالت إنها كانت تحت رفاعة فطلقها ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير وأنه والله ليس معه إلا مثل هذه الهدبة وأخذت بهدبة من جلبابها قالت «فتبسم رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ضاحكا، وقال لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته» متفق عليه وعن ابن عمر قال سئل نبي الله – صلى الله عليه وسلم – عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا فيتزوجها آخر فيغلق الباب ويرخي الستر ثم يطلقها قبل أن يدخل بها هل تحل للأول قال «لا تحل للأول حتى يجامعها» ويروى «لا حتى تذوق عسيلته» رواه أحمد والنسائي

وعن عائشة – رضي الله عنها – أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال «العسيلة هي الجماع» وهذه الأحاديث مشهورة فجازت الزيادة بها على الكتاب على تقدير أن يراد بالنكاح في الآية العقد وعلى تقدير إرادة الوطء تكون موافقة له فلا إشكال.

وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على أن الدخول بها شرط الحل للأول ولم يخالف في ذلك إلا سعيد بن المسيب والخوارج والشيعة وداود الظاهري وبشر المريسي وذلك خلاف لا اختلاف لعدم استناده إلى دليل، ولهذا لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الإيلاج دون الإنزال؛ لأنه كمال فيه ونهاية فكان قيدا ويشترط أن يكون موجبا للغسل وهو التقاء الختانين وشذ الحسن البصري في اشتراط الإنزال قال العسيلة الإنزال والحجة عليه ما روينا وليس في العسيلة دلالة على الإنزال وإنما هي كناية عن لذة الجماع والصبي المراهق وهو الداني من البلوغ فيه كالبالغ

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٢/٢٣٤

وقيل الذي تتحرك آلته ويشتهي الجماع وإنما شرط ذلك؛ لأنه – عليه الصلاة والسلام – شرط اللذة من الطرفين وفسره في الجامع الصغير فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل وأحلها للزوج الأول وإنما وجب عليها الغسل لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها ولا غسل على الصبي لعدم الخطاب وإنما يؤمر به تخلقا ليتعود به ويصير له سجية قبل بلوغه حتى لا يشق عليه عند وجوبه والمجنون فيه كالعاقل والخصي الذي يقدر على الجماع يحلها للأول،
وذكر في الغاية إن تزوجت بمجبوب وحملت منه حلت للأول وثبت به الإحصان
ــــــــQقوله وفي حمله على الوطء مجاز واحد) قال الكمال – رحمه الله – والزوج حينئذ حقيقة اهـ.
(قوله رفاعة بن سموأل) قال في الإصابة للحافظ ابن حجر – رحمه الله – ما نصه رفاعة بن سموأل القرظي له ذكر في الصحيح من حديث عائشة قالت جاءت امرأة رفاعة إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – فقالت يا رسول الله كنت عند رفاعة فطلقني فبت طلاقي، وروى مالك عن المسور بن رفاعة عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير أن رفاعة بن سموأل طلق امرأته تميمة بنت وهب فذكر الحديث وهو مرسل عند جمهور رواة الموطإ ووصله ابن وهب وإبراهيم بن طهمان وأبو علي الحيفي ثلاثتهم عن مالك فقالوا فيه عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير والزبير الأعلى بفتح الزاي والأدنى بالتصغير، وروى ابن شاهين من طريق تفسير مقاتل بن حيان في قوله تعالى ﴿فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠] نزلت في عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك البدري كانت تحت رفاعة بن وهب بن عتيك وهو ابن عمها فطلقها ثلاثا فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير فذكر القصة مطولة قال أبو موسى الظاهر أن القصة واحدة قلت وظاهر السياقين أنهما اثنان لكن المشكل اتحاد اسم الزوج الثاني عبد الرحمن بن الزبير. وأما المرأة ففي اسمها اختلاف كما سيأتي في النساء اهـ
ثم قال في الإصابة رفاعة بن وهب القرظي تقدم في رفاعة بن سموأل اهـ قلت وعلى هذا فسموأل هو لقب وهب بن عتيك ثم ذكر في الإصابة في كتاب النساء في حرف التاء المثناة تميمة بنت وهب لا أعلم لها غير قصتها مع رفاعة بن سموأل حديث العسيلة ثم قال وقيل اسمها سهيمة كما سيأتي وقيل عائشة اهـ ثم قال في حرف السين المهملة سهيمة امرأة رفاعة القرظي تقدم ذكرها في تميمة ثم قال في حرف العين المهملة عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك النضرية تقدم ذكرها في ترجمة زوجها رفاعة قاله أبو موسى اهـ وكتب ما نصه ابن سموأل بكسر السين وفتحها وسكون الميم هكذا شاهدته في خط الشارح وضبطه بالقلم بخطه – رحمه الله – (قوله تميمة بنت وهب) قال في الاختيار روى في الصحيح أن عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك القرظي كانت تحت ابن عمها رفاعة بن وهب فطلقها ثلاثا فجاءت إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – فقالت يا رسول الله إني كنت تحت رفاعة وساق الحديث اهـ.
(قوله فقال غلام لم يبلغ إلخ) قال في الواقعات الحسامية غلام ابن عشر سنين له امرأة يجامعها يجب عليها الغسل ولا يجب عليه، ولو كان الزوج بالغا كان الجواب على العكس؛ لأن جماع الغلام ليس بسبب لنزول." (١)
"به إحصانها فلا حاجة إلى ذكره بخلاف القذف فإنه لا يسقط به الإحصان حتى يحد فلا بد من وجود الحد فيه، ولا يتصور أن يتزوجها أيضا بعدما زنت، وحدت لأن حدها الرجم لكونها محصنة لأن اللعان لا يجري إلا بين محصنين إلا

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٢٥٨/٢

إذا لاعنها قبل الدخول بها أو كانت كافرة أو أمة أو صغيرة أو مجنونة فزال ذلك، وصارت محصنة، ولم يقربها بعدما صارت محصنة حتى قذفها فإنه يلاعن بينهما، ولا ترجم إذا زنت لعدم شرطه، وهو الدخول عليها، وهما على صفة الإحصان، وكان الفقيه المكي – رحمه الله – يقول أو زنت بتشديد النون أي نسبت غيرها إلى الزنا، وهو القذف فعلى هذا يكون ذكر الحد فيه شرطا على ما بينا فزال **الإشكال**.

قال – رحمه الله – (ولا لعان بقذف الأخرس)، وقال الشافعي يجب اللعان به لأن إشارته كالصريح، ولنا أنه قائم مقام حد القذف في حقه، وقذفه لا يعرى عن شبهة، والحدود تدرأ بها، ولأنه لا بد من أن يأتي بلفظ الشهادة في اللعان حتى لو قال أحلف مكان أشهد لا يجوز، وإشارته لا تكون شهادة، وكذلك إذا كانت هي خرساء لأن قذفها لا يوجب الحد لاحتمال أنها تصدقه أو لتعذر الإتيان بلفظ الشهادة.

قال – رحمه الله – (ولا ينفي الحمل) لأنه لا يتيقن بقيامه عند القذف لاحتمال أنه انتفاخ، وهذا عند أبي حنيفة وزفر – رحمه الله تعالى –، وقال أبو يوسف ومحمد يلاعن بينهما وقت الوضع إذا وضعته لأقل من ستة أشهر لأنا تيقنا بقيام الحمل عند القذف فيتحقق القذف، وصار كنفيه بعد الولادة، وكونه حملا لا ينافيه كما لا ينافي ثبوت حقه من عتق ونسب ووصية وإرث، وقال الشافعي يلاعن بينهما في الحال قبل أن تضع لحديث هلال بن أمية أنه – عليه الصلاة والسلام – لاعن بينه وبين امرأته، وكان قد قذفها وهي حامل بدليل قوله – عليه الصلاة والسلام – «أبصروها فإن جاءت به أصيهب أريصح أثيبج حمش الساقين فهو لهلال، وإن جاءت به أورق جعدا جماليا أكحل سابغ الأليتين خدلج الساقين فهو لشريك ابن سحماء»، ولأن الأحكام تتعلق به شرعا على ما ذكرناه، ويعرف وجوده بالظهور، ولهذا ترد المبيعة بعيب الحبل قلنا لا يتيقن بوجود الحمل فلا يكون قذفا بيقين فصار كالمعلق بالشرط فكأنه قال إن كان بك حبل فهو من الزنا فلا يكون به قاذفا كما لو قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت زانية وهذا لأنه إن لم تكن زانية قبل الشرط لا تكون زانية به، ولا يقاس أنه ليس بمعلق بل هو موقوف حتى إذا ولدت تبين أنه كان قذفا من ذلك الوقت لما عرف أن التعليق بالشيء الكائن تنجيز لأنا نقول كل موقوف فيه شبهة التعليق إذا لا يعرف حكمه إلا بعاقبته، وهو كالشرط في حقنا، وشبهة التعليق كحقيقته في الحدود، ولعان هلال كان بقذفها بالزنا لا بنفي الحمل لأنه شهد عليها بالزنا عنده – عليه الصلاة والسلام – هكذا ذكره أحمد بن حنبل – رحمه الله – فلا يلزم حجة يحققه أنه لو كان بنفي الحمل لنفاه – عليه الصلاة والسلام – عن أبيه أشبهه أو لم يشبهه كما لو تلاعنا بنفيه بعد الولادة فإنه ينفي كيفما كان، ولا ينظر إلى الشبه، **والجواب** عن الأحكام يأتي من قريب إن شاء الله تعالى.

قال – رحمه الله – (وتلاعنا بزنيت، وهذا الحمل منه) أي بقوله زنيت، وهذا الحمل من الزنا لوجود القذف منه صريحا قال – رحمه الله – (ولم ينف الحمل) أي لا ينفي القاضي الحمل، وقال الشافعي – رحمه الله – ينفيه لأنه – عليه الصلاة والسلام – نفى ولد هلال عنه، وقد قذفها حاملا، ولأن الأحكام تتعلق به بدليل ما ذكرنا من الأحكام قلنا الأحكام لا تترتب

على الحمل للاحتمال، والإرث، والوصية يتوقفان على الولادة فيثبتان للولد لا للحمل، وكذا العتق لأنه يقبل التعليق بالشرط، وإنما كان له الرد بالعيب لأن الحمل ظاهر، واحتمال الريح شبهة، والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة بل يثبت معها، وكذا النسب يثبت مع الشبهة بخلاف اللعان لأنه من الحدود فلا يثبت معها.

قال – رحمه الله – (ولو نفى الولد عند التهنئة وابتياع آلة الولادة صح، وبعده لا ولاعن فيهما) أي لو نفى ولد امرأته في الحالة التي تقبل التهنئة فيها، وتبتاع آلة الولادة صح، وبعدها لا يصح، ويلاعن فيهما أي فيما إذا صح نفيه، وفيما إذا لم يصح لوجود القذف فيهما، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يصح نفيه في مدة النفاس لأنه إذا طالت المدة لا يصح نفيه، وإذا قصرت يصح لأن وجود قبول التهنئة منه، ودلالته تمنع صحة النفي إجماعا، وإذا لم يوجد يصح نفيه اتفاقا فطول المدة دليل القبول اتفاقا

ـــــــQالزوج نفسه أو صدقته المرأة أو صارت بحال لا يحد قاذفها بأن زنت أو صارت رقيقة بأن ارتدت، ولحقت بدار الحرب فسبيت يجوز أن يتزوجها. اهـ.

(قوله في المتن ولا لعان بقذف الأخرس) من إضافة المصدر لفاعله. اهـ. (قوله وكذا إذا كانت هي خرساء) يعني الخرساء إذا قذفها زوجها لا يجري اللعان بينهما لما ذكره

(قوله إذا وضعته لأقل من ستة أشهر) وهو قول أبي حنيفة الأول. اهـ. أتقاني (قوله وقال الشافعي) أي ومالك. اهـ. أتقاني (قوله أصيهب) الأصيهب تصغير الأصهب، وهو الذي يضرب شعره إلى الحمرة، والأريصح تصغير الأرصح، وهو قليل لحم الفخذين. اهـ. (قوله جماليا) الجمالي بضم الجيم العظيم الخلق كالجمل. اهـ. (قوله فكأنه قال إن كان بك حبل فهو من الزنا إلخ) والقذف لا يحتمل التعليق بالشرط لأن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط، ولا حاجة إلى إبقائه حكما إلى وجود الشرط لعدم الحاجة إلى إيجاب الحد لأن الحدود يحتال لدرئها لا لإثباتها. اهـ. أتقاني

(قوله في المتن وتلاعنا بزنيت إلخ) وإنما يثبت اللعان في هذه الصورة باتفاق أصحابنا لأنه قذفها بصريح الزنا، وهما من أهل اللعان. اهـ. أتقاني (قوله في المتن، ولم ينف الحمل)، وإنما ينفي القاضي نسب الحمل عن أبيه لأن قطع النسب حكم عليه، ولا تترتب الأحكام على الحمل، ولا له قبل الانفصال، ولهذا لا يحكم له باستحقاق الوصية والميراث قبل الولادة. اهـ. أتقاني

(قوله وبعده لا) أي بعد وجود هذه الأشياء. اهـ. عيني (قوله ودلالته تمنع) أي سكوته عن نفيه اهـ." [1]

"ستة أشهر من وقت الإقرار، ولأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق يثبت نسبه لظهور كذبها بيقين، وإلا لم يثبت لأن الجهة، وهو الاعتداد بالأشهر قد تعينت بدون الإقرار فمع الإقرار أولى بخلاف الآيسة إذا أقرت بانقضاء عدتها مفسرا

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٣/ ٢٠

بالأشهر ثم جاءت بولد لأقل من سنتين حيث يثبت نسبه، والفرق أن الآيسة بالولادة تبين أنها لم تكن آيسة بل كانت من ذوات الأقراء، ولا كذلك الصغيرة، ولهذا لم تستأنف العدة إذا حاضت بعد انقضائها، والآيسة تستأنف.

قال – رحمه الله – (والموت لأقل منهما) أي ويثبت نسب ولد معتدة الموت إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الموت، وقال زفر – رحمه الله – إذا ولدته لتمام عشرة أشهر وعشرة أيام من حين مات لا يثبت النسب لما ذكرنا في الصغيرة من تعين عدتها بالأشهر، ونحن قد ذكرنا الفرق هناك بينهما، والصغير إذا توفى عنها زوجها فإن أقرت بالحبل فهي كالكبيرة يثبت نسبه إلى سنتين لأن القول قولها في ذلك، وإن أقرت بانقضاء عدتها بعد أربعة أشهر وعشر ثم ولدت لستة أشهر فصاعدا لم يثبت النسب منه، وإن لم تدع حبلا، ولم تقر بانقضاء العدة فعند أبي حنيفة ومحمد إن ولدت لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام ثبت النسب منه، وإلا لم يثبت، وعند أبي يوسف يثبت إلى سنتين، والوجه ما بينا في المعتدة الصغيرة من الطلاق والآيسة إذا طلقها زوجها بائنا أو رجعيا، ولم تقر بانقضاء عدتها حتى ولدت كان **الجواب** فيها، وفي ذوات الأقراء سواء لأنها لما ولدت بطل إياسها، وإن أقرت بانقضاء عدتها بالأشهر فكذلك **الجواب** حتى يثبت نسبه إلى سنتين إن كان الطلاق بائنا، وإلى ما لا نهاية له في الرجعي لأنها لما ولدت بطل اعتدادها بالأشهر لأنه لما ظهر أنها لم تكن آيسة فصار كأنها لم تقر بانقضاء العدة، وإن أقرت بانقضاء عدتها مطلقا غير مفسر بالأشهر في مدة يتصور أن يكون فيها ثلاثة أقراء ثم ولدت لستة أشهر من وقت الإقرار لم يثبت نسبه، ويحمل إقرارها على انقضاء العدة بالأقراء لأنه هو الأصل، ويجعل كأنها تزوجت بزوج آخر فحبلت منه فلا يبطل إقرارها إلا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار فيبطل لظهور كذبها بيقين، وإن كانت معتدة عن وفاة فالآيسة فيها، والتي من ذوات الأقراء سواء لأن عدة الوفاة تكون بالأشهر في حق كل واحدة منهما إذا لم تكن حاملا.

قال – رحمه الله – (والمقرة بمضيها لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار) أي يثبت نسب ولد المقرة بانقضاء العدة إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار لظهور كذبها بيقين هذا إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الفراق، وإن جاءت به لأكثر منهما لا يثبت، وإن كان لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار كما إذا أقرت بعد ما مضى من عدتها سنتان إلا شهرين فجاءت بولد بعد ثلاثة أشهر من وقت الإقرار لم يثبت نسبه منه لأن شرط ثبوته أن يكون لأقل من سنتين من وقت الفراق بالموت أو بالطلاق، وبعده لا يثبت، وإن لم تقر بالانقضاء فمع الإقرار أولى إلا إذا كان الطلاق رجعيا فحينئذ يثبت، ويكون مراجعا على ما بينا من قبل بقي فيه **إشكال**، وهو ما إذا أقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، ولأقل من سنتين من وقت الفراق ينبغي أن لا يثبت نسبه إذا كانت المدة تحتمل ذلك بأن أقرت بعد ما مضى سنة مثلا ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار لأنه يحتمل أن عدتها انقضت في شهرين أو ثلاثة ثم أقرت بعد ذلك بزمان طويل، ولا يلزم من إقرارها انقضاء العدة أن تنقضي في ذلك الوقت فلم يظهر كذبها بيقين إلا إذا قالت انقضت عدتي الساعة ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من ذلك الوقت قال – رحمه الله – (وإلا لا)

ـــــــــــــــــــــــه أشهر لا مطلقا فإن الكبيرة يثبت نسب ولدها في الطلاق الرجعي لأكثر من سنتين، وإن طال إلى سن الإياس لجواز امتداد طهرها ووطئه في آخر الطهر انتهى مصفى (قوله ولأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق يثبت نسبه) لأنها أخطأت في الإقرار. اهـ. كافي

(قوله في المتن والموت) بالجر عطف على المراهقة. اهـ. (قوله وقال زفر إلخ) هكذا، وهو في الكافي وغيره، وقال الكمال – رحمه الله – وقال زفر إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لأقل من ستة أشهر يثبت نسبه ولستة أشهر لا يثبت، ووجهه كوجههما في الصغيرة، وهو أن لعدتها جهة واحدة هي انقضاء أربعة أشهر وعشر فإذا لم تقر قبلها بالحبل فقد حكم الشرع بانقضائها بها فإذا جاءت بالولد بعدها التمام ستة أشهر أو أكثر لا يثبت نسبه بخلاف ما إذا جاءت به لأقل على ما عرف، ونمنع تعين الجهة الواحدة في حقها بل لها كل من الجهتين بخلاف الصغيرة لأن الأصل فيها عدم الحمل فتستمر ما لم تعترف بالحمل اهـ
(قوله وعند أبي يوسف إلخ) أي عند أبي يوسف إن جاءت بالولد لأقل من سنتين من وقت وفاة الزوج يثبت النسب وإلا فلا لأن سكوتها بمنزلة الإقرار بالحبل عنده، وأما عندهما فسكوتها بمنزلة الإقرار بانقضاء العدة لأن عدتها ذات جهة واحدة لأنها لا تحتمل الحبل لصغرها. اهـ. أتقاني. وكتب ما نصه فعدة الصغيرة المتوفى عنها كعدة المبتوتة عنده. اهـ. (قوله وإن أقرت بانقضاء عدتها) مفسرا بثلاثة أشهر. اهـ. أتقاني

(قوله يثبت نسب ولد المقرة بانقضاء العدة إلخ) سواء كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن بالأشهر أو بالحيض قال الأتقاني هذا الذي ذكره القدوري يتناول كل معتدة سواء كانت معتدة عن وفاة أو عن طلاق بائن أو رجعي لأنه أطلق المعتدة، ولم يقيدها يدل عليه ما ذكره فخر الإسلام، وغيره في شروح الجامع بقولهم إذا أقرت بانقضاء العدة في الطلاق البائن أو الرجعي في مدة تصلح لثلاثة أقراء ثم ولدت فإن ولدت لأقل من ستة أشهر منذ أقرت من سنتين منذ بانت، وفي الرجعي كيفما كان بعد أن يكون لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت النسب لعلمنا ببطلان الإقرار، وإن ولدت لستة أشهر منذ أقرت يثبت لأنا لم نعلم بفساد الإقرار كذلك في الوفاة فإذا أقرت بانقضاء العدة بالأشهر صح إقرارها، وإذا لم تقر وجب الانقضاء بالحمل، ويثبت النسب إلى سنتين اهـ
(قوله في المتن، وإلا لا) قال في." (١)

"وهو عبارة عن حفظها عما يوجب ريبة الزنا وعند عدم العزل وقد ولدته في ملكه والبناء على الظاهر فيما لا يعلم حقيقته واجب وأما إذا لم يحصنها أو عزل عنها فعن أبي حنيفة – رحمه الله – أنه يجوز له نفيه لأن الظاهر وإن كان عدم الزنا يعارضه ظاهر آخر وهو العزل أو عدم التحصين وعن أبي يوسف أنه إذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه عزل عنها أو لم يعزل حصنها أو لم يحصنها حملا لأمرها على الصلاح ما لم يتبين له خلاف ذلك لأن

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٤٢/٣

ما يظهر عقيب سبب يحال عليه حتى يتبين خلافه وفي الإيضاح ذكر قول أبي يوسف بلفظ الاستحباب وفي المبسوط بلفظ الوجوب

وعن محمد – رحمه الله – لا ينبغي له أن يدعي نسبه إذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغي له أن يعتق الولد ويستمتع بالأم ثم يعتقها بعد موته لأن استلحاق نسب ولد ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين وهو مستحب عنده قال – رحمه الله – (وعتقت بموته من كل ماله ولم تسع لغريم) أي عتقت بموت المولى من جميع ماله ولا يلزمها السعاية لغريم ولا لوارث لما روينا وبينا من المعنى ولأن الاستيلاد من حوائجه الأصلية لما أن قوامه بالنسل معنى كما أن قوامه بالأكل حقيقة وحاجته مقدم على حق الغرماء والورثة كحاجته إلى التجهيز والتكفين بخلاف التدبير لأنه ليس من أصول حوائجه ولأنها لا تتقوم عند أبي حنيفة – رضي الله عنه – وحق الغرماء لا يتعلق بما لا يتقوم كالقصاص حتى إذا قتل المدين ووجب القصاص بقتله أو قتل له ولي ووجب له القصاص على القاتل ثم مات المدين قبل أن يقتله أو قتل هو رجلا فوجب عليه القصاص فلأوليائه أن يقتلوا القاتل أو يعفوا عنه بغير شيء وكذا لأولياء المقتول أن يقتلوا الغريم وإن أدى إلى بطلان حقهم في هذا كله

قال – رحمه الله – (ولو أسلمت أم ولد النصراني سعت في قيمتها) وقد بينا أنها تكون مكاتبة فلا تؤدي السعاية إلى الأضرار بالمولى وقال زفر – رحمه الله – تعتق للحال والسعاية دين عليها وهذا خلاف فيما إذا عرض على المولى الإسلام فأبى له أن في استدامة الملك عليها ذلا وإزالة ذل الكافر عن المسلم واجب وذلك بالبيع أو العتق وقد تعذر الأول فتعين الثاني ولنا أنه تعذر إبقاؤها في ملك المولى ويده وتعد إزالة ملك الذمي مجانا لأن ملكه محترم فيخرج إلى الحرية بالسعاية كما في معتق البعض نظرا للجانبين وهذا لأن الذل في الاستخدام قهرا بملك اليمين وذا يزول بالاستسعاء لأنها تخرج عن يده وتكون حرة يدا أو أحق بمكاسبها ونفسها، ودفع الضرر عن الذمي واجب أيضا فلو قلنا بزوال ملكه في الحال ببدل في ذمة مفلسه والمال في ذمة المفلس كالتاوي بل هو تاو ولأنها تتوانى ولا تنشط على الاكتساب بعد حصول الحرية لحصول مقصودها بخلاف ما إذا لم تعتق لأنها تنشط وتجهد على تحصيل المال لتنال شرف الحرية فكان ضررا عليه لأنه بمنزلة إزالتها عن ملكه بلا بدل ولا يقال هي غير متقومة عند أبي حنيفة – رضي الله عنه – فكيف يجب عليها السعاية لأنا نقول وجوب السعاية لا يشترط فيه التقوم ألا ترى أن القصاص لا يتقوم ومع هذا لو عفا بعض الأولياء انقلب نصيب الباقين مالا للتعذر ودفع الضرر عنهم ولأنها تتكاتب عليه وكتابة أم الولد جائزة لتعجيل عتقها قبل موت سيدها ولأن الذمي يعتقد ماليتها فيترك على ما يعتقد على ما بينا من قبل ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لأنها أم ولد له ولو عجزت لا ترد إلى ما كانت لأنها لو ردت لأعيدت مكاتبة لقيام الموجب ما لم يسلم مولاها والمدبر في هذا كأم الولد حتى إذا أسلم

ـــــــــــO الحاشية

أما إذا وطئها وعزل أو وطئها ولم يعزل لكن لم يحصنها جاز للمولى نفي الولد لتعارض الظاهرين وذلك أن عدم الزنا وإن كان ظاهرا فالعزل أو عدم التحصين أيضا دليل على أن الولد من الزنا فوقع الشك والاحتمال في كون الولد من المولى فلم تلزمه الدعوة بالشك والاحتمال. اهـ. (قوله ولكن ينبغي له أن يعتق الولد) يعني لئلا يسترقه بالشك اهـ (قوله ولا يلزمها السعاية لغريم إلخ) أي ولو كان السيد مديونا مستغرقا. اهـ. فتح (قوله ولا لوارث لما روينا) وهو قوله – عليه الصلاة والسلام

– «أعتقها ولدها». اهـ. (قوله كالقصاص) يعني إذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لأرباب الديون أخذ من عليه القصاص بدينهم لاستيفاء ديونهم. اهـ.

(قوله في المتن ولو أسلمت أم ولد النصراني سعت في قيمتها) قال الرازي وهذه السعاية إنما تجب نظرا إلى اعتقاد الذمي لأنه مال عنده كالخمر اهـ وهي أي أم ولد النصراني إذا أسلمت بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية. اهـ. هداية قال الكمال وقال زفر تعتق للحال أي لحال إباء مولاها الإسلام والسعاية دين عليها تطالب بها وهي حرة إن أسلم عند العرض فهي على حالها بالاتفاق بخلاف ما لو أسلم بعدها اهـ وكتب على قوله سعت في قيمتها ما نصه وهي ثلثا قيمتها قنة اهـ (قوله وهذا الخلاف فيما إذا عرض على المولى الإسلام) فإن أسلم تبقى على حالها. اهـ. (قوله وذلك بالبيع أو العتق) الذي في الكافي وتبعه فيه الرازي في شرحه وذا بالبيع أو الإعتاق وعدل الشارح عن لفظ الإعتاق إلى العتق وهو ظاهر. اهـ. (قوله ولنا أنه تعذر إبقاؤها في ملك المولى ويده) يعني بعد إسلامها وإصراره على الكفر. اهـ. رازي (قوله كان) **جواب** قوله فلو قلنا. اهـ. (قوله لأنه بمنزلة إزالتها عن ملكه بلا بدل) فلهذا لا تعتق ما لم تؤد السعاية وهذا **إشكال** لهما على أبي حنيفة في تقوم أم الولد حيث وجبت السعاية وملك المتعة في هذه الحالة يزال بلا بدل كما لو أسلمت امرأته وأبى أن يسلم والعذر له أن الذمي يعتقد فيها المالية والتقوم ويحرزها كذلك لأنه يعتقد جواز بيعها وإنما يبنى الحكم في حقهم على اعتقادهم كما في مالية الخمر ولأن ملكه فيها محترم وإن لم يكن مالا متقوما وقد احتبس عندهما لمعنى من جهتها فيكون مضمونا عليها عند الاحتباس وإن لم يكن مالا متقوما كالقصاص فإنه ليس بمال متقوم ثم إذا احتبس نصيب أحد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمه بدله. اهـ. كافي

(قوله ولأن الذمي يعتقد ماليتها) أي حتى يعتقد جواز بيعها. اهـ.." (١)

"يقال «إنه – عليه الصلاة والسلام – قال لقتلى بدر من المشركين هل وجدتم ما وعد ربكم حقا» فلولا أنه فيه متحقق لما قال لهم ذلك لأنا نقول ردت عائشة – رضي الله عنها – هذا الحديث وقالت قال الله تعالى ﴿إنك لا تسمع الموتى﴾ [النمل: ٨٠] وقال تعالى ﴿وما أنت بمسمع من في القبور﴾ [فاطر: ٢٢] فلم يثبت ولئن ثبت فهو مختص بالنبي – صلى الله عليه وسلم – ويجوز أن يكون ذلك لوعظ الأحياء ونظيره ما روي عن علي – رضي الله عنه – كان إذا أتى المقابر قال عليكم السلام ديار قوم مؤمنين أما نساؤكم فقد نكحت وأموالكم فقد قسمت ودياركم فقد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم وكان يقول سل الأرض من شق أنهارك وغرس أشجارك وجنى ثمارك فإن لم تجبك **جوابا** أجابتك اعتبارا وكان ذلك على سبيل الوعظ للأحياء لا على سبيل الخطاب للموتى والجمادات والغرض من الدخول إكرامه بتعظيمه أو إهانته بتحقيره أو زيارته ولهذا لو لم يقصده بالدخول بأن دخل على غيره أو لحاجة أخرى أو دخل عليه في موضع لا يجلس فيه للزيارة كالمسجد والظلة والدهليز لا يكون دخولا عليه إلا إذا اعتاد الجلوس فيه للزيارة ولا يتحقق الكل بعد الموت لأنه لا يزار هو وإنما يزار قبره قال – عليه الصلاة والسلام – «كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها»

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٠٣/٣

قال – رحمه الله – (بخلاف الغسل والحمل والمس) أي بخلاف ما إذا حلف لا يغسل فلانا أو لا يحمله أو لا يمسه حيث يحنث إذا فعل به ذلك بعد موته لأن هذه الأشياء تتحقق في الميت كما تتحقق في الحي وهذا لأن الغسل هو الإسالة والمقصود منه التطهير والميت يطهر بالغسل ألا ترى أنه إذا حمله رجل وصلى لا يجوز قبل الغسل وبعده يجوز وكذا لو صلى عليه قبل الغسل لا يجوز فلا ينافيه الموت وكيف ينافيه وغسله واجب على الأحياء والحمل يتحقق بعد الموت قال – عليه الصلاة والسلام – «من حمل ميتا فليتوضأ» والمس للتعظيم أو الشفقة فيتحقق بعد الموت

قال – رحمه الله – (لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث) أي لو حلف لا يضربها ففعل بها هذه الأشياء يحنث لأن الضرب اسم لفعل مؤلم وقد تحقق وقيل هذا إذا كانت هذه الأشياء في حالة الغضب وإن كانت في الملاعبة لا يحنث لأنه يسمى ممازحة لا ضربا عادة وقيل إذا كانت يمينه بالفارسية لا يحنث بهذه الأشياء

قال – رحمه الله – (إن لم أقتل فلانا فكذا وهو ميت إن علم به حنث) أي إذا قال شخص إن لم أقتل فلانا فامرأتي طالق وفلان ميت فإن كان الحالف عالما بموته حين حلف حنث للحال لأن يمينه تنعقد لتصور البر فيه لأن الله تعالى قادر على إعادة الحياة فيه إذ الروح لا تموت فيمكن قتله ثم يحنث للحال للعجز عادة كمسألة صعود السماء قال – رحمه الله – (وإلا لا) أي إن لم يعلم بموته

ـــــــــــــــ
(قوله لأنا نقول) أي هو غير ثابت فإنه لما بلغ هذا الحديث عائشة – رضي الله عنها – قالت كذبتم على رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال الله تعالى ﴿إنك لا تسمع الموتى﴾ [النمل: ٨٠] ﴿وما أنت بمسمع من في القبور﴾ [فاطر: ٢٢]. اهـ. كافي

(قوله ويجوز أن يكون ذلك لوعظ الأحياء) أي لا لإفهام الموتى. اهـ. (قوله فما خبرنا عندكم) أي وبأنه مخصوص بأولئك تضعيفا للحسرة عليهم لكن بقي أنه روي أنه – عليه الصلاة والسلام – قال «إن الميت ليسمع خفق نعالهم إذا انصرفوا» ولينظر في كتاب الجنائز من هذا الشرح. اهـ. فتح (قوله أو زيارته) ألا ترى أنه لا يقال دخل على دابة أو دخل على حائط فلما لم يكن الدخول على شيء دخولا عليه إذا لم يكن من أهل اليمين لم يحنث في يمينه لا يدخل على فلان إذا دخل عليه بعد الموت وهذا لأن زيارة عين الميت لا تكون لأن المزور قبره لا عينه ألا ترى إلى قوله – صلى الله عليه وسلم – «كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها» قال في شرح الطحاوي الأصل في هذا أن كل فعل يلذ ويؤلم ويغم ويسر يقع على الحياة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول عليه. اهـ. أتقاني قال الكمال ومثله التقبيل إذا حلف لا يقبلها فقبلها بعد الموت لا يحنث «وتقبيله – عليه الصلاة والسلام – عثمان بن مظعون بعد ما أدرج في الكفن» محمول على ضرب من الشفقة والتعظيم وقيل إن عقد يمينه على تقبيل ملتح يحنث أو على امرأة لا يحنث وهو على الوجه اهـ
قوله «كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها» أي ولم يقل عن زيارة الموتى. اهـ. فتح

(قوله والمقصود منه التطهير) قال الكمال أو إزالة الوسخ والكل يتحقق في حالة الموت كالحياة. اهـ.

(قوله في المتن لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث) قال الكمال وكذا لو وجأها أو قرصها وعن بعض المشايخ ينبغي أن لا يحنث بذلك لأنه لا يتعارف ضربا وأجيب بما علل به في الكتاب وهو أن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل به وهذه الأشياء كذلك وفي المنتقى حلف لا يضرب فلانا فنفض ثوبه فأصاب وجهه أو رماه بحجر فأدماه أو نشابة فأصابته لا يحنث واستشكل يمين الضرب بأنها إما إن تعلقت بصورة الضرب عرفا فهو إيقاع آلة التأديب في محل قابل له فيجب أن لا يحنث بالخنق ومد الشعر والعض لأنه لا يتعارف ضربا أو بمعناه وهو الإيلام فيجب أن يحنث بالرمي بالحجر أو بهما فيحنث بالضرب مع الإيلام ممازحة لكنه لا يحنث وهو **إشكال** وارد وما أجيب به من أن شرط الحنث حصول المحلوف عليه وهو الضرب لفظا وعرفا مثاله حلف لا يبيع كذا بعشرة فباعه بتسعة لا يحنث لأنه إن وجد شرط الحنث عرفا لكن لم يوجد شرط الحنث لفظا لأن مقصوده أن لا يبيع بعشرة أو بأقل بل بأكثر
ولو باعه بأكثر لا يحنث لأنه وإن وجد شرط الحنث لفظا لأنه لما باعه بأحد عشر فقد باعه بعشرة أيضا لكنه لم يوجد عرفا فلا يحنث غير دافع بقليل تأمل ثم قال فخر الإسلام وغيره هذا يعني الحنث إذا كان في الغضب أما إذا فعل في الممازحة فلا يحنث ولو أدماها لكن لا على قصد الإدماء بل وقع خطأ في الممازحة باليد وعن الفقيه أبي الليث أنه قال هذا إذا كانت بالعربية أما إذا كانت بالفارسية لا يحنث بمد الشعر والخنق والعض والحق أن هذا هو الذي يقتضيه النظم في العربية أيضا إلا أنه خلاف المذهب. اهـ.

(قوله لأن يمينه تنعقد) أي على حياة يحدثها الله وهو ممكن بالنظر إلى قدرة الله تعالى لكنه يحنث في الحال وتجب عليه الكفارة لعجزه عادة عن قتله. اهـ. أتقاني (قوله إذ الروح لا تموت)." (١)

"العهد يمنع الشهادة دون الإقرار
والأصح أنه يسأله لاحتمال أنه زنى في صباه وهذا السؤال يكون بعدما نظر في حاله وعرف أنه صحيح العقل كما فعل - عليه الصلاة والسلام - ولا بد من التصريح به في ذلك ولا يكتفى بالكناية لأنه - عليه الصلاة والسلام - «قال لماعز فهل تدري ما الزنا قال نعم وقال له أنكتها ولا تكني قال نعم» فإذا بين ذلك وظهر زناه سأله عن الإحصان فإن قال له إنه محصن سأله عن الإحصان ما هو فإن وصفه بشرائطه حكم برجمه ولا يعتبر إقراره عند غير القاضي ممن لا ولاية له في إقامة الحدود ولو كان أربع مرات حتى لا تقبل الشهادة عليه بذلك لأنه إن كان منكرا فقد رجع وإن كان مقرا لا تعتبر الشهادة مع الإقرار ولو أقر بالزنا مرتين وشهد عليه أربعة لا يحد عند أبي يوسف - رحمه الله -
وقال محمد - رحمه الله - يحد لأن هذا الإقرار ليس بحجة فلا يعتد به فيكون الامتناع عن الباقي دليل الرجوع أو هو غير صحيح فيه فيلتحق بالعدم شرعا فبقيت الشهادة وحدها هي الحجة فيقبل ولأبي يوسف - رحمه الله - أن الإقرار موجود

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٥٧/٣

حقيقة لكنه غير معتبر شرعا فأورثت الحقيقة شبهة وهو يدرأ بها فصار كما إذا كانت معتبرة شرعا

قال – رحمه الله – (فإن رجع عن إقراره قبل الحد أو في وسطه خلي سبيله) وقال الشافعي وابن أبي ليلى رحمهما الله يحد لوجوبه بإقراره فلا يبطل بعد ذلك بإنكاره وهذا لأنه إحدى الحجتين فصار ثبوته به كثبوته بالشهادة كالقصاص وحد القذف ولنا أن الرجوع خبر يحتمل الصدق والكذب كالإقرار الأول فأورث شبهة وهو يدرأ بها وهذا لأن كل واحد من كلاميه يحتملها فلا يمكن العمل بأحدهما لعدم الأولوية فيترك على ما كان بخلاف القصاص وحد القذف لأنه من حقوق العباد وهو يكذبه والحد حق الله فلا يكذب له وإلى صحة الرجوع أشار – عليه الصلاة والسلام – بقوله «هلا تركتموه حين أخبر بفرار ماعز»

قال – رحمه الله – (وندب تلقينه بلعلك قبلت أو لمست أو وطئت بشبهة) أي يستحب للإمام أن يلقنه الرجوع بقوله لعلك قبلتها أو لمستها أو وطئتها بشبهة أو بنكاح أو بملك يمين لأنه – عليه الصلاة والسلام – قال لماعز «لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت قال لا يا رسول الله قال أنكتها ولا تكني قال نعم فعند ذلك أمر برجمه» رواه البخاري وأحمد وأبو داود وقال – عليه الصلاة والسلام – في رواية «أنكتها كما يغيب المرود في المكحلة والرشاء في البئر قال نعم فقال فهل تدري ما الزنا قال نعم أتيت منها حراما ما يأتي الرجل من امرأته حلالا» الحديث

قال – رحمه الله – (فإن كان محصنا رجمه في فضاء حتى يموت) لأنه – عليه الصلاة والسلام – «أمر برجم الغامدية وماعز وكانا محصنين وأخرج ماعز إلى الحرة وقيل إلى البقيع ففر إلى الحرة فرجم بالحجارة حتى مات» وفيما رواه الجماعة «أنه – عليه الصلاة والسلام – رجم المرأة التي زنى بها العسيف» وقال – عليه الصلاة والسلام – «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى معان ثلاث كفر بعد إيمان وزنا بعد إحصان وقتل النفس بغير حق» وقال عمر – رضي الله عنه – وهو على المنبر وإن مما أنزل في القرآن الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما ألبتة وسيأتي قوم ينكرون ذلك ولولا أن الناس يقولون إن عمر زاد في كتاب الله تعالى لكتبتها على حاشية المصحف وعليه إجماع الصحابة فوصل إلينا إجماعهم بالتواتر ولا معنى لإنكار الخوارج الرجم لأنهم ينكرون القطعي فيكون

ـــــــQيبين من لا يحد بوطئها كما ذكرنا في جارية ابنه بخلاف ما لو قال في **جوابه** لا أعرف التي زنيت بها فإنه يحد لأنه أقر بالزنا ولم يذكر ما يسقط كون فعله زنا بل تضمن إقراره أنه لا ملك له في المزنية لأنه لو كان لعرفها إذ الإنسان لا يجهل زوجته وأمته، والحاصل أنه إذا أقر أربع مرات أنه زنى بامرأة لا يعرفها حد وكذا إذا أقر أنه زنى بفلانة وهي غائبة يحد استحسانا لحديث العسيف حده ثم أرسل إلى المرأة فقال فإن اعترفت فارجمها ولأن انتظار حضورهما إنما هو لاحتمال أن تذكر مسقطا عنه وعنها ولا يجوز التأخير لهذا الاحتمال كما لا يؤخر إذا ثبت بالشهادة لاحتمال أن يرجع الشهود لأن كلا منهما شبهة الشبهة وبه لا يندرئ الحد ولو أقر أنه زنى بفلانة وكذبته وقالت لا أعرفه لا يحد الرجل عند أبي حنيفة وقالا يحد وعلى هذا الخلاف إذا أقرت أنها زنت بفلان فأنكر فلان تحد هي عندهما لا عنده. اهـ.

(قوله أو في وسطه) أي قبل رجوعه. اهـ. (قوله وقال الشافعي) قال الكمال والمسطور في كتبهم أنه لو رجع قبل الحد أو بعد ما أقيم عليه بعضه سقط وعن أحمد كقولنا وعن مالك في قبول رجوعه روايتان اهـ (قوله هلا تركتموه) ووجه الاستدلال به أن النبي – صلى الله عليه وسلم – جعل فراره دليلا على الرجوع وأسقط به الحد فإذا سقط الحد بدليل الرجوع سقط بصريح الرجوع بالطريق الأولى. اهـ. أتقاني

(قوله في المتن فإن كان محصنا إلخ) هذا من الأحرف التي جاء الفاعل منها على مفعل بفتح العين يقال أحصن يحصن فهو محصن في ألفاظ معلومة هي أسهب فهو مسهب إذا أطال وأمعن في المشي ومنه قول المصنف في خطبة الكتاب معرضا عن هذا النوع من الإسهاب وقيل لابن عمر ادع الله لنا فقال أكره أن أكون من المسهبين بفتح الهاء وألفج بالفاء والجيم افتقر فهو ملفج الفاعل والمفعول فيه سيان ويقال بكسرها أيضا إذا أفلس وعليه دين اهـ وكتب ما نصه هذا أحد ما جاء على أفعل مفعل وامرأة محصنة أي متزوجة وليس في كلامهم أفعل فهو مفعل إلا ثلاثة أحرف هذا أحدها ويقال أسهب من لدغ الحية أي ذهب عقله فهو مسهب قال الراجز

فمات عطشان ومات مسهبا

ويقال ألفج الرجل فهو ملفج إذا رقت حاله وسأل رجل الحسن أيدالك الرجل أهله قال نعم إذا كان ملفجا المدالكة والمماطلة بمعنى وهي المدافعة كذا في الجمهرة. اهـ. أتقاني (قوله فارجموها) الذي في خط الشارح فارجمهما. اهـ. (قوله لكتبتها على حاشية المصحف) قيل في هذا **إشكال** وهو أنه إذا كان جائز الكتابة كما هو ظاهر اللفظ فهو قرآن متلو ولكن لو كان متلوا لوجب على عمر المبادرة لكتابتها لأن مقال الناس لا يصلح مانعا من فعل الواجب." (١)

"مكابرة وعنادا

قال – رحمه الله – (يبدأ الشهود به) أي يبدأ الشهود بالرجم وقال الشافعي لا تشترط بداءتهم اعتبارا بالجلد ولنا ما روي عن «علي – رضي الله عنه – أنه قال حين رجم شراحة الهمدانية إن الرجم سنة سنها رسول الله – صلى الله عليه وسلم – » ولو كان شهد على هذه أحد لكان أول من يرمي الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها أقرت فأنا أول من رماها بحجر قال الراوي ثم رمى الناس وأنا فيهم ولأن الشاهد ربما يتجاسر على الشهادة ثم يستعظم المباشرة فيأبى أو يرجع فكان في بداءته احتيال للدرء بخلاف الجلد فإن كل أحد لا يحسنه فيخاف أن يقع مهلكا أو متلفا لعضو وهو غير مستحق ولا كذلك الرجم لأن الإتلاف فيه متعين

قال – رحمه الله – (فإن أبو أسقط) أي إن أبى الشهود من البداءة يسقط الحد لأنه دلالة الرجوع وكذلك إذا امتنع واحد منهم أو جنوا أو فسقوا أو قذفوا فحدوا أو أحدهم أو عمي أو خرس أو ارتد والعياذ بالله تعالى لأن الطارئ على الحد قبل الاستيفاء كالموجود في الابتداء وكذا إذا غابوا أو بعضهم أو ماتوا أو بعضهم لما ذكرنا وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٦٧/٣

الله وإحدى الروايتين عن أبي يوسف وروي عنه أنهم إذا امتنعوا أو ماتوا أو غابوا رجم الإمام ثم الناس وإن كان الشهود مرضى لا يستطيعون أن يرموا أو مقطوعي الأيدي رجم بحضرتهم بخلاف ما إذا قطعت أيديهم بعد الشهادة ذكره في النهاية قال – رحمه الله – (ثم الإمام ثم الناس) لما روينا من أثر علي – رضي الله عنه – ويقصدون بذلك مقتله إلا من كان منهم ذا رحم محرم منه فإنه لا يقصد مقتله لأن بغيره كفاية وروي «أن حنظلة استأذن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في قتل أبيه وكان كافرا فمنعه من ذلك وقال دعه يكفيك غيرك» ولأنه مأمور بصلة الرحم فلا يجوز القطع من غير حاجة قال – رحمه الله – (ويبدأ الإمام لو مقرا ثم الناس) أي يبدأ الإمام بالرجم إن كان الزاني مقرا لما روينا من أثر علي – رضي الله عنه – «ورمى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – الغامدية بحصاة مثل الحمصة ثم قال للناس ارموا وكانت أقرت بالزنا» ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله – عليه الصلاة والسلام – حين «سئل عن غسل ماعز وتكفينه والصلاة عليه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم فلقد تاب توبة لو قسمت على أهل الحجاز لوسعتهم ولقد رأيته ينغمس في أنهار الجنة» ولأنه قتل بحق فلا يسقط به الغسل كالقتل بقصاص بخلاف الشهيد «وصلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – على الغامدية بعدما رجمت وكانت أقرت وقال – عليه الصلاة والسلام – والذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له» رواه مسلم وأبو داود

قال – رحمه الله –

ـــــــQقال السبكي لعل الله ييسر علينا حل هذا **الإشكال** فإن عمر – رضي الله عنه – إنما نطق بالصواب ولكنا نتهم فهمنا وأجيب بأنه يمكن تأويله بأن مراده لكتبتها منبها على نسخ تلاوتها ليكون في كتابتها في محلها أمن من نسيانها بالكلية لكن قد تكتب من غير تنبيه فيقول الناس زاد عمر فتركت كتابتها بالكلية وذلك من دفع أعظم المفسدتين بأخفهما والله أعلم

(قوله لا يحسنه) الذي في خط الشارح بلا ضمير. اهـ. (قوله إن أبى الشهود من البداءة يسقط الحد) أي عن المشهود عليه ولا يحدونهم لأن امتناعهم ليس صريحا في رجوعهم ولو كان ظاهرا فيه ففيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتيل وإن كان بحق كما تراه في الشاهد من امتناع بعض الناس من ذبح الحيوان الحلال الأكل والأضحية بل ومن حضورها فكان امتناعهم شبهة في درء الحد عن المشهود عليه وهذا الاحتمال شبهة في اندفاع الحد عنهم وقيل يحدون والأول رواية المبسوط. اهـ. فتح (قوله أو قذفوا فحدوا) أي سواء اعترض ذلك قبل القضاء أو بعد القضاء قبل الإمضاء لأن الإمضاء من القضاء في باب الحدود فإذا لم يحصل الإمضاء فكأنه لم يحصل القضاء. اهـ. أتقاني (قوله أو عمي أو خرس) قال الكمال وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن أهلية الشهادة كما لو ارتد أحدهم أو عمي أو خرس أو فسق أو قذف فحد لا فرق في ذلك بين كونه قبل القضاء أو بعده قبل إقامة الحد لأن الإمضاء من القضاء في الحدود وهذا إذا كان محصنا وفي غير المحصن قال الحاكم في الكافي يقام عليه الحد في الموت والغيبة اهـ قال الأتقاني
أما إذا كان غير محصن فقد قال الحاكم الشهيد في الكافي أقيم عليه الحد في الموت والغيبة ويبطل فيما سواهما وكذلك ما

سوى الحدود من حقوق الناس اهـ (قوله وكذا إذا غابوا أو بعضهم أو ماتوا) في ظاهر الرواية. اهـ. هداية وإنما قيد بظاهر الرواية احترازا عما روي عن أبي يوسف. اهـ. أتقاني (قوله في المتن ويبدأ الإمام لو مقرا) قال الكمال – رحمه الله – واعلم أن مقتضى هذا أنه لو امتنع الإمام لا يحل للقوم رجمه ولو أمرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم وهو منتف برجم ماعز فإن القطع بأنه – عليه الصلاة والسلام – لم يحضره بل رجمه الناس عن أمره – عليه الصلاة والسلام – ويمكن **الجواب** بأن حقيقة ما دل عليه قول علي إنه يجب على الإمام أن يأمرهم بالابتداء احتيالا لثبوت دلالة الرجوع وعدمه وأن يبتدئ هو في الإقرار لينكشف للناس أنه لم يقصر في أمر القضاء بأن يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد فإذا امتنع حينئذ ظهرت أمارة الرجوع فامتنع الحد لظهور شبهة تقصيره في القضاء وهي دارئة فكأن البداءة في معنى الشرط إذ لم يكن عن عدمه العدم لا أنه جعل شرطا بذاته وهذا في حقه – عليه الصلاة والسلام – منتف فلم يكن عدم رجمه دليلا على سقوط الحد إذا لم يبدأ

واعلم أن مقتضى ما ذكر أنه لو بدأ الشهود فيما إذا ثبت بالشهادة يجب أن يثني الإمام فلو لم يثن الإمام يسقط الحد لاتحاد المأخذ فيها (قوله الغامدية) منسوبة إلى بني غامد قبيلة من العرب. اهـ. أتقاني (قوله بخلاف الشهيد) أي فإنه قتل بغير حق فلا يغسل ليكون الأثر شاهدا له ولإظهار زيادة تشريفه بقيام أثر الشهادة يوم القيامة. اهـ. كمال." (١)

"لا شبهة الشبهة

قال – رحمه الله – (وإن أقر بالزنا بمجهولة حد وإن شهدوا عليه بذلك لا كاختلافهم في طوعها أو في البلد ولو على كل زنا أربعة) أي لو أقر أنه زنى بامرأة لا يعرفها يجب عليه الحد وإن شهد عليه الشهود بذلك بأن قالوا زنى بامرأة لا نعرفها عليه الحد كما لا يجب عليه إذا اختلفوا في طواعيتها بأن قال اثنان أنه زنى بفلانة وأكرهها وقال آخران إنها طاوعته أو في البلد بأن قال بعضهم إنه زنى بها بالكوفة وبعضهم قال زنى بها بالبصرة وإن تم في كل زنا أربعة أما الأول وهو ما إذا أقر أنه زنى بمجهولة فلانة لو كانت امرأته أو أمته لعرفها ولأنه لا يخفى عليه امرأته ولا أمته فإن قيل قد تشتبه عليه امرأته بأن لم تزف إليه قلنا الإنسان لا يقر على نفسه كذبا ولا حال الاشتباه فلما أقر انتفى كون الموطوءة امرأته ولا يعتبر الاحتمال البعيد بأن تكون أمته بجهة من الجهات كالإرث وهو لا يعرف ذلك أو بالتوالد من مملوكاته أو مملوكات آبائه ولأن ذلك يؤدي إلى استداد باب إقامة الحدود ولأن ذلك يحتمل في المعروفة أيضا كما يحتمل في المجهولة وأما الثاني وهو ما إذا شهد الشهود عليه بذلك فإنه إنما لا يحد ولأنه يحتمل أن تكون امرأته أو أمته بل هو الظاهر

ولأن المسلم لم يمنعه دينه عن ارتكاب المحرم ظاهرا ولا يلزم من عدم معرفة الشهود الموطوءة أن يكون زنا بخلاف ما إذا لم يعرفها الزاني وأما إذا اختلفوا في طوع المرأة فلأنه زنئان مختلفان ولم يكمل في كل واحد منهما نصاب لأن زناها طوعا غير زناها مكرهة فلا تحد وهذا عند أبي حنيفة – رحمه الله – وزفر وقالا يجب الحد على الرجل خاصة لأن الشهود اتفقوا عليه بأنه زنى وتفرد اثنان منهم بزيادة جناية وهو الإكراه **وجوابه** ما ذكرنا ولأن الطوع يقتضي اشتراكهما في الفعل والكره يقتضي

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٦٨/٣

تفرده فكانا غيرين ولم يوجد في كل واحد منهما نصاب الشهادة ولأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها بالزنا فصارا خصمين فيه ولا شهادة للخصم وإنما سقط حد القذف عنهما بشهادة شاهدي الإكراه ولأن زناها مكرهة يسقط إحصانها فإن من قذف امرأة ثم أقام شاهدين أنها زنت مكرهة سقط الحد عن القاذف واعتبار عدد الأربعة في الشهادة على الزنا الموجب للحد وهذا شهادة على سقوط إحصانها وسقوط الإحصان يثبت بشهادة الإحصان ذكره في الكافي

وهذا التخريج يستقيم على قولهما وأما على قول أبي حنيفة – رحمه الله – فاتفاق الشهود الأربعة على النسبة إلى الزنا بلفظ الشهادة مخرج لكلامهم من أن يكون قذفا على ما نبين من قريب وفائدة اختلاف الطريق تظهر فيما إذا شهد ثلاثة أنها طاوعته وشهد واحد أنه أكرهها فعلى قوله لا يقام الحد على واحد منهم لما قلنا وعندهما يقام على الثلاثة ولأنهم قذفة ولم يسقط إحصانها بشهادة الفرد وأما إذا اختلفوا في البلد فإن لم يتم نصاب الشهادة بالزنا في كل بلد بأن شهد اثنان أنه زنى بها بالكوفة واثنان أنه زنى بها بالبصرة فلا **إشكال** في أنه لا يجب عليهما الحد لأن المشهود به مختلف لأن الفعل يختلف باختلاف الأماكن ولم يتم في كل واحد منهما نصاب فلم يثبت فلم يحدا ولا يحد

ــــــــQأي وإنما يكون شبهة الشبهة لو كان العفو نفسه شبهة فيكون احتماله شبهة الشبهة بخلاف الغائبة فإن نفس دعواها النكاح مثلا شبهة فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة واعتبارها باطل وإلا أدى إلى نفي كل حد فإن ثبوته بالبينة أو الإقرار والذي يثبت به يحتمل أن يرجع عنه وكذا الشهود يحتمل أن يرجعوا فلو اعتبرت شبهة الشبهة انتفى كل حد ووجه أنه شبهة الشبهة أن نفس رجوع المقر والشاهد شبهة ولأنه يحتمل كذبه في الرجوع فاحتمال الرجوع شبهة الشبهة. اهـ. فتح.

(قوله فلما أقر) أي بالزنا كان فرع علمه أنها لم تشتبه عليه بزوجته التي لم تزف وصار معنى قوله لم أعرفها أي باسمها ونسبها ولكن علمت أنها أجنبية فكان هذا كالمنصوص بخلاف الشاهد فإنه يجوز أن يشهد على من لم يشتبه عليه فكان قوله لا أعرفها ليس موجبا للحد قاله الكمال – رحمه الله – (قوله وأما الثاني وهو ما إذا شهد الشهود عليه بذلك) أي بزناه بامرأة لا يعرفونها. اهـ. (قوله ولأنه يحتمل أن تكون امرأته أو أمته) قال الحاكم الشهيد في الكافي وإن قال المشهود عليه إن التي رأوها معي ليست بامرأة ولا خادم لم يحد أيضا وذلك ولأنها تتصور أمة ابنه أو منكوحة نكاحا فاسدا. اهـ. أتقاني – رحمه الله – وقال الكمال فلو قال المشهود عليه المرأة التي رأيتموها معي ليست زوجتي ولا أمتي لم يحد أيضا ولأن الشهادة وقعت غير موجبة للحد فلا يحد وأما ما قيل ولو كان إقرارا فبمرة واحدة لا يقام الحد يقتضي أنه لو قال له أربعا حد وليس كذلك اهـ قوله وأما ما قيل قائله صاحب الدراية – رحمه الله – (قوله لأن زناها طوعا غير زناها مكرهة) أي وشهادتهم بزنا دخل في الوجود والشاهدان بزناه بطائعة ينفيان زناه بمكرهة والآخران ينفيان زناه بطائعة فلم يتحقق على خصوص الزنا للتحقق في الخارج بشهادة أربعة اهـ فتح (قوله وهو الإكراه) أي وهو لا يوجب التخفيف عنه بخلاف جانبها ولأن طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت إذ قد اختلفوا فيه وتعارضوا بعدم الوجوب عليها بمعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كما لو زنى بصغيرة مشتهاة أو مجنونة. اهـ. (قوله وسقوط الإحصان يثبت بشهادة الإحصان) أي بشهادة اثنين لأن الإحصان يثبت بشهادتهما. اهـ. (قوله على ما نبين من قريب) أي في خلافية زفر. اهـ. (قوله وأما إذا اختلفوا إلخ) حاصلها أنه شهد أربعة

على رجل أنه زنى بفلانة إلا أن رجلين قالا استكرهها وآخرين قالا طاوعته فعند أبي حنيفة يندرئ الحد عنهما وهو قول زفر والأئمة الثلاثة وقالا يحد الرجل خاصة. اهـ. فتح (قوله ولم يتم في كل واحد منهما نصاب) أي الشهادة وهو أربعة. اهـ. (قوله ولا يحد الشهود) أي للقذف اهـ." (١)

"الإخراج والقطع بإخراج الباقي فلا يمتنع كما لو أخذ ثوبين فأحرق أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب وذكر الخبازي أن الصحيح أنه لا يضمن النقصان لأنه ضمان هذا الثوب فيكون كأنه ملك ما ضمن فيكون مشتركا بينهما فينتفي القطع وتكلموا في الفرق بين الفاحش واليسير فقيل إن أوجب الخرق نقصان ربع القيمة فصاعدا فهو فاحش وما دونه يسير وقيل ما لا يصلح الباقي لثوب ما فهو فاحش واليسير ما يصلح وقيل ما ينقص به نصف القيمة فاحش وما دونه يسير وما فوقه استهلاك لأن للأكثر حكم الكل والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة بل يتعيب به فقط وهذا الخيار يثبت ما لم يكن إتلافا وإذا كان إتلافا فله تضمين جميع القيمة من غير خيار ويملك السارق الثوب ولا يقطع وحد الإتلاف أن ينقص أكثر من نصف القيمة قال - رحمه الله -

(ولو سرق شاة فذبحها وأخرجها لا) أي لا يقطع لأن السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه قال - رحمه الله -

(ولو صنع المسروق دراهم أو دنانير قطع وردها) أي لو سرق ذهبا أو فضة قدر ما يجب فيه القطع فصنعه دراهم أو دنانير قطع ورد الدراهم والدنانير إلى المسروق منه وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالا لا سبيل للمسروق منه عليها وأصل هذا الخلاف في الغصب في أن الغاصب هل يملك الدراهم والدنانير بهذه الصنعة أم لا بناء على أنها متقومة أم لا فعنده لا يملك لأنها لا تتقوم وعندهما يملك لتقومها ثم وجوب القطع عنده لا يشكل لأنه لم يملكها على قوله وقيل على قولهما لا يجب القطع لأنه ملكه قبل القطع وقيل يجب لأنه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه وعلى هذا الخلاف إذا اتخذه حليا أو آنية قال - رحمه الله -

(ولو صبغه أحمر فقطع لا يرد ولا يضمن) أي لو سرق ثوبا فصبغه أحمر فقطع لا يجب عليه رده ولا ضمانه وهكذا ذكره في المحيط والكافي ولفظ صاحب الهداية وإن سرق ثوبا فقطع فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب ولا يضمن بتأخير الصبغ عن القطع ولفظ محمد - رحمه الله - سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر إلخ دليل على أنه لا فرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه لأن عين ماله قائم من كل وجه وهو أصل والصبغ تبع فكان اعتبار الأصل أولى كما في الغاصب ولهما أن صبغ السارق في الثوب قائم صورة ومعنى وحق صاحب الثوب قائم صورة لا معنى حتى إذا هلك عنده أو استهلكه لا يجب عليه الضمان فكان حق السارق أحق بالترجيح كالموهوب له إذا صبغه انقطع حق المالك لما قلنا بخلاف الغصب لأن حق كل واحد منهما قائم من كل وجه فرجحنا جانب الأصل دون التبع فإن قيل إذا انقطع حق المالك وجب أن يملكه السارق من حين سرق

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٨٩/٣

فيمتنع القطع قلنا يجب القطع باعتبار الثوب الأبيض وهو لم يملكه أبيض بوجه ما فصار كما لو سرق حنطة ـــــــبالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها وحين وردت السرقة وردت على ما ليس فيه ذلك الجزء المملوك له. اهـ.

(قوله لا يقطع) أي وإن كانت قيمتها مذبوحة عشرة دراهم. اهـ. (قوله ولا قطع فيه) أي لكنه يملك قيمتها للمسروق منه. اهـ. فتح

(قوله وهذا عند أبي حنيفة) وبه قالت الثلاثة. اهـ. فتح (قوله وقالا لا سبيل للمسروق منه عليها) أي وهل يقطع عندهما يذكر قريبا. اهـ. (قوله في أن الغاصب) أي إذا غصب نقرة فضة فضربها دارهم. اهـ. (قوله وعندهما يملك لتقومها) وجه قولهما أن هذه الصنعة مبدلة للعين كالصنعة في الصفر والحديد بأن غصب حديدا أو صفرا فجعله سيفا أو آنية وكذا الاسم كان تبرا ذهبا فضة صار دراهم دنانير وله أن هذه الصنعة في الذهب والفضة ولو تقومت وبدلت الاسم لم تعتبر موجودة شرعا بدليل أنه لم يتغير بها حكم الربا حتى لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضة بأحد عشر فضة وقلبه فكانت العين كما كانت حكما فيقطع وتؤخذ للمالك على أن الاسم باق وهو اسم الفضة والذهب وإنما حدث اسم آخر مع ذلك الاسم. اهـ. كمال (قوله لأنه ملكه قبل القطع) أي بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع لكنه يجب عليه مثل ما أخذ وزنا من الذهب والفضة. اهـ. كمال (قوله وقيل يجب) أي ولا شيء على السارق. اهـ. فتح (قوله فلم يملك عينه) أي فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شيء عليه قاله الكمال اهـ قال الشهيد في جامعه وهو الأصح. اهـ.

(قوله في المتن ولو صبغه أحمر إلخ) قال في الهداية ومن سرق ثوبا فصبغه أحمر يقطع به قال الكمال بإجماع العلماء. اهـ. (قوله وقال محمد يؤخذ منه الثوب) قال الكمال وهو قول الأئمة الثلاثة اهـ (قوله قائم صورة) أي وهو ظاهر. اهـ. (قوله ومعنى) أي من حيث القيمة. اهـ. فتح (قوله حتى إذا هلك عنده) أي عند السارق. اهـ. (قوله أو استهلكه لا يجب عليه الضمان) حتى لو أراد المسروق منه أن يأخذ الثوب يضمن له قيمة الصبغ. اهـ. فتح (قوله انقطع حق المالك) أي في الرجوع. اهـ. (قوله فرجحنا جانب الأصل دون التبع) قال في الفوائد الظهيرية وفي المسألة **إشكال** وهو أن الثوب على تقدير القطع يصير ملكا للسارق من حين صبغه فتبين أن القطع لم يكن بحق ولهذا قلنا إن القطع مع الضمان لا يجتمعان لأنه على تقدير الضمان يثبت الملك من وقت السرقة فيتبين أن القطع لم يكن بحق **وجوابه** أن ثبوت الملك هنا لما ذكرنا من الترجيح لوصف التقوم فإنه معنى بعد القطع فلا يكون الملك ثابتا قبل القطع ومع هذا للقيل والقال فيه مجال فإن السارق حين قطع والثوب مصبوغ أو بقي الثوب على ملك المالك والصبغ ملك السارق فيكون قد قطع في شيء مشترك فكان ينبغي أن لا يقطع لكنه جعل الثوب كالمستهلك حتى جاز القطع." (١)

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٢٣٤/٣

"بيع الوارث وبيع المورث سواء وكما لا يجوز بيع المشتري لا يجوز بيع وارثه وشرطنا أن يكون الشراء من مشتريه أو من وارثه؛ لأنه لو باعه المشتري من رجل أو وهبه لرجل أو أوصى لرجل ثم اشتراه البائع الأول من ذلك الرجل يجوز؛ لأن اختلاف سبب الملك كاختلاف العين أصله حديث بريرة حيث قال – عليه السلام – «هو لها صدقة ولنا هدية» وشرطنا أن يكون المبيع على حاله لم ينتقص؛ لأنه إذا تعيب في يد المشتري فباعه من البائع بأقل من الثمن الأول جاز؛ لأن المانع ربح ما لم يضمن.

وإنما يظهر الربح إذا صار إليه المبيع كما خرج عن ملكه فإذا لم يعد إليه كما خرج عن ملكه جعل النقصان بمقابلة العيب الحادث عند المشتري فكان مشتريا ما باع بمثل الثمن الأول معنى وشرطنا أن يكون النقصان من حيث الذات؛ لأنه لو نقصت قيمته بتغير السعر لم يجز شراؤه بأقل مما باع؛ لأن تغير السعر غير معتبر في حق الأحكام كما في حق الغاصب وغيره فعاد إليه المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر الربح وشرطنا اتحاد الثمنين جنسا؛ لأنه إذا اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الأول يجوز وإن كان الثمن الثاني أقل؛ لأن الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس والدنانير جنس الدراهم هنا حتى لو كان العقد الأول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الأول لم يجز استحسانا وجاز قياسا وهو قول زفر؛ لأنهما جنسان حتى لا يجري ربا الفضل بينهما ولنا أنهما جنسان صورة وجنس واحد معنى؛ لأن المقصود بهما واحد وهو الثمنية فبالنظر إلى الأول يصح وبالنظر إلى الثاني لا يصح فغلبنا المحرم على المبيح لقوله – عليه السلام – «وما اجتمع الحلال والحرام إلا وقد غلب الحرام الحلال» رجلان باعا عبدا بينهما بألف فقالا بعناكه بألف كل نصف بخمسمائة ثم اشتراه أحدهما بخمسمائة قبل النقد فسد في نصفه؛ لأنه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وصح في نصيب شريكه بنصف خمسمائة؛ لأنه ما باع ولا بيع له.

ولو قالا بعناك نصيب فلان بخمسمائة ثم قالا بعناك نصيب فلان بخمسمائة ثم اشترى أحدهما كله بخمسمائة فسد في نصيبه؛ لأن نصفه وهو الربع باعه بنفسه ونصفه وهو الربع بيع له، وأما نصيب صاحبه فيفسد في نصفه وهو الربع؛ لأنه باعه له وصح في الربع الآخر فيدفع ثمنه؛ لأنه ما باع ولا بيع له وإن اشترياه معا في هذه الصور صح شراء كل واحد منهما في ثمنه بثمن الثمن؛ لأنه لو اشتراه أحدهما صح شراؤه في الربع فإذا اشترى كل واحد منهما نصفا شائعا صح شراء كل واحد منهما في نصف ذلك وهو الثمن ضرورة ولو باعاه بألف ثم اشترياه بخمسمائة صح شراء كل واحد منهما في ربعه؛ لأن كل واحد منهما اشترى نصفا شائعا نصفه فيما باع فيفسد ونصفه فيما باع شريكه فيصح في نصفه الذي لم يبعه له بل باعه لنفسه ولو باعه مع وكيله بألف ثم اشتراه الموكل بخمسمائة لا يصح؛ لأن أحد النصفين باعه بنفسه والنصف الآخر بيع له ولو اشتراه الوكيل فسد في النصف الذي باعه هو وصح في النصف الآخر؛ لأنه ما باع ولا بيع له ولو باع الوكيل كله ثم اشتراه أحدهما لا يصح أما الوكيل فلأنه باع، وأما الموكل فلأنه بيع له.

قال (وصح فيما ضم إليه) أي صح البيع فيما ضم إلى المشترى بأن اشترى مثلا جارية بألف ثم باعها وأخرى معها بألف من البائع قبل نقد الثمن جاز البيع في التي لم يشترها من البائع ويفسد في الأخرى؛ لأنه لا بد أن يجعل الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للأخرى بأقل مما باع وهو فاسد ولا يشيع الفساد؛ لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه حتى

لو قضى

ـــــــــQقوله: ثم اشتراه البائع الأول من ذلك الرجل يجوز) أي ولو عاد إلى ملك المشتري الأول بملك مستأنف جاز لبائعه شراؤه منه بأقل ما كان باعه له أولا. اهـ. مبتغى وكتب ما نصه قال الأتقاني ويجوز إذا اشتراه من غيره إلا من وارثه؛ لأن بتبدل العاقد تتبدل العين حكما فأما وارثه فبمنزلته فإنه خلفه فصار شبهة والشبهة في باب الحرمات ملحقة بالحقيقة. اهـ. (قوله: جعل النقصان بمقابلة العيب الحادث عند المشتري) أي فلا يتحقق الربح. اهـ. أتقاني وكتب ما نصه سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب أو دونه. اهـ. فتح. (قوله: لأن تغير السعر غير معتبر) أي لأنه فتور في رغبات الناس فيه وليس منه فوات جزء من العين. اهـ. كمال (قوله لم يجز استحسانا) قال الكمال – رحمه الله – وجه الاستحسان أنهما جنس واحد من حيث كونهما ثمنا ومن حيث وجب ضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة فيبطل البيع احتياطا وألزم أن اعتبارهما جنسا واحدا يوجب التفاضل بينهما احتياطا **والجواب** أن مقتضى الوجه ذلك ولكن في التفاضل عند بيع أحدهما بالآخر إجماع. اهـ.

(قوله: حتى لا يجري ربا الفضل بينهما) قال الأتقاني وجه الاستحسان أنهما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فتثبت شبهة الربح. اهـ. .

(قوله في المتن: وصح فيما ضم إليه) وهذه فرع المسألة السابقة وهي أن شراء ما باع من المشتري بأقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز. اهـ. كمال. (قوله: إلى المشترى) بفتح الراء. اهـ. فتح. (قوله: جاز البيع في التي لم يشترها) أي بحصتها. اهـ. أتقاني. (قوله: فيكون مشتريا للآخر بأقل مما باع وهو فاسد) أي ولا **إشكال** هنا على قولهما، وإنما **الإشكال** على قول أبي حنيفة؛ لأن مذهبه أن البيع إذا فسد بعضه فسد كله إذا كان الفساد مقارنا وحله أن يقال أن الفساد فيما بيعت أولا ضعيف؛ لأنه اختلف العلماء في فسادها فلم يسر لضعف الفساد إلى صاحبتها كما إذا اشترى عبدين أحدهما مدبر حيث لا يفسد البيع بل يصح البيع في القن بحصته من الثمن فكذا هنا يصح البيع في المضمومة بحصتها من الثمن. اهـ. أتقاني." (١)

"الرطل فإنه يعتبر موزونا؛ لأنه مقدر بطريق الوزن وذلك مثل الأدهان فإنه موزون غير أنه لما لم يستمسك إلا في وعاء يشق عليهم وزنه بالأمناء والصنجات في كل وقت بالوعاء فقدر الوعاء بالأرطال والأمناء فاكتفي به دفعا للحرج فبقي موزونا على حاله، ثم قال في الهداية: وإذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة معناه أنه إذا باع ما يباع بالأواقي بكيل غير أواق سواء بسواء لم يجز؛ لأنه باع الموزون بجنسه بكيل لم يقدر بالأواقي فيكون مجازفة فيبطل لجواز التفاضل بالوزن وهذا مشكل؛ لأن الشيئين إذا استويا في كيل وجب أن يستويا في كيل آخر أيضا ولا تأثير لكون المكيل معلوما أو مجهولا في ذلك إذ لا يختلف ثقله فيهما وفي النهاية قال الإسبيجابي: فائدة هذا أنه لو باع ما ينسب إلى الرطل بجنسه متفاضلا في الكيل متساويا في الوزن يجوز وهذا حسن وهو قياس الموزونات

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٥٥/٤

فإنه لا يعتبر فيه إلا الوزن غير أنه يؤدي إلى أنه لا يجوز بالأواقي أيضا إذ لا فرق بين كيل وكيل على ما بينا ولا يندفع هذا **الإشكال** إلا إذا منع الجواز في الكل.

قال – رحمه الله – (وجيده كرديئه) يعني جيد مال الربا ورديئه سواء حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لنهيه – صلى الله عليه وسلم – عن ذلك فيما روينا من حديث أبي سعيد وأبي هريرة «حين قال له الرجل: إنا نأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة بقوله لا تفعل بع الجمع بالدراهم» الحديث ولأن تفاوت الوصف لا يعد تفاوتا عادة ولو اعتبر لانسد باب البياعات على ما بينا.

قال – رحمه الله –: (ويعتبر التعيين دون التقابض في غير الصرف) وقال الشافعي: يعتبر التقابض قبل الافتراق في بيع الطعام بالطعام كالنقد بالنقد لما روينا من حديث عبادة بن الصامت فإنه شرط فيه أن يكون يدا بيد ولحديث عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أنه – صلى الله عليه وسلم – «قال: الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء والورق بالورق ربا إلا هاء وهاء والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء» رواه البخاري ومسلم وأحمد ومعناه أن هذه البياعات لا تجوز إلا إذا قال كل واحد منهما لصاحبه هاء أي خذ والمراد به وبقوله «يدا بيد» في الحديث الأول القبض ولهذا يشترط القبض في الذهب والفضة بالإجماع وإن كان مما يتعين بالإشارة كالمصوغ منهما ولأن قوله – عليه الصلاة والسلام – «يدا بيد» لفظ واحد لا يجوز أن يراد به القبض في حق النقدين والتعيين في حق غيرهما؛ لأنه إما حقيقة فيهما أو حقيقة في أحدهما ومجاز في الآخر وأيهما كان فلا يجوز الجمع بينهما لما عرف أن المشترك لا عموم له وأن الجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز ولأنه يؤدي إلى تعاقب القبض بأن يقبض أحدهما دون الآخر فأشبه التأجيل وهذا؛ لأن للمقبوض مزية على غيره فيفوت به التساوي وهو الشرط ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ونحوه إذا بيع بجنسه أو بخلاف جنسه لحصول مقصوده وهو التمكن من التصرف بخلاف الصرف؛ لأنه لا يتعين إلا بالقبض فيشترط فيه ليتعين وتعاقب القبض لا يعد تفاوتا في المتعين بخلاف الحال والمؤجل والمراد بما روى التعيين غير أن ما يتعين به مختلف فالنقدان يتعينان بالقبض وغيرهما بالتعيين فلا يلزم الجمع بين معنيي المشترك ولا بين الحقيقة والمجاز وإنما شرط القبض في المصوغ من الذهب والفضة باعتبار أصل خلقته وهو الثمنية؛ لأن الثمنية لا تتعين بالتعيين فيشترط قبضه ولا يسقط اشتراط القبض بالصنعة لبقاء شبهة عدم التعين باعتبار الأصل إذ الشبهة في الحرمات ملحقة بالحقيقة.

قال – رحمه الله – (وصح بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين)؛ لأن هذه الأشياء.

ـــــــQقوله فيكون مجازفة فيبطل) أي المساواة في الأموال الربوية شرط جواز العقد فإذا عدمت المساواة يثبت العقد ويثبت الملك للمشتري بالقبض. اهـ. كافي في الإكراه. اهـ. (قوله لا يجوز بالأواقي) أي المقدر بالأواقي. اهـ. اق وكتب على قوله بالأواقي أي بالكيل الأواقي. اهـ. (قوله إذ لا فرق بين كيل وكيل على ما بينا) ويمكن **الجواب** عنه بأنه إنما جاز بالكيل

الأواقي دفعا للحرج فتوهم الفضل بالوزن لا يعتبر بخلاف الكيل المجهول فإنه لا ضرورة فيه. اهـ .

(قوله ولو اعتبر لانسد باب البياعات) وهو مفتوح؛ لأن الحنطة لا تكون مثلا لحنطة أخرى من كل وجه. اهـ. أتقاني.

[ويعتبر التعيين دون التقابض في غير الصرف في الربا]

(قوله «إلا هاء وهاء») على وزن هاع بمعنى خذ منه والقصر خطأ. اهـ. أتقاني قال الكمال وهاء ممدود من ها وألف وهمزة بوزن هاع مبني على الفتح ومعناه خذ يعني هو ربا إلا فيما يقول كل منهما لصاحبه خذ. اهـ. (قوله بخلاف الصرف)؛ لأنه لا يتعين إلا بالقبض فيشترط فيه ليتعين قال الأتقاني - رحمه الله - ومعنى قوله - عليه الصلاة والسلام - «يدا بيد» عينا بعين بدليل ما روى الطحاوي مسندا إلى عبادة بن الصامت أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا تبع الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين» فعلم أن المراد من اليد باليد التعين إلا أن التعين في الصرف لا يتحقق قبل التقابض لما مر آنفا فلهذا اشترط التقابض. اهـ. (قوله وتعاقب القبض لا يعد تفاوتا في المتعين) هذا جواب عن قول الخصم ولأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب فأجاب بأن التجار لا يفاضلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغير المقبوض بعد أن يكون حالا بخلاف الحال والمؤجل وإذا لم يتمكن فضل خال عن المعاملة كان العقد جائزا كما في بيع العبيد والدواب بجنسه وبغير جنسه. اهـ .

[بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين]

(قوله في المتن وصح بيع الحفنة) أي وهي ملء الكفين. اهـ. مصباح وعند الشافعي لا يجوز بيع الحفنة بالحفنتين لوجود الطعم وعدم المخلص وهو المساواة اهـ أتقاني.." (١)

"بأن العبد في يد المشتري في المسألة الأولى وفي مسألة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن أن لا تكون العين سالمة للمشتري فلذلك لم يرجع في مسألة الكتاب ورجع في مسألة الزيادات وقيل: اختلف الجواب لاختلاف الوضع فموضوع ما ذكر هنا فيما إذا أقام البينة على أن البائع أقر قبل البيع بأن المبيع للمستحق وإقدامه على الشراء ينفي ذلك فيكون متناقضا فلا تقبل بينته وموضوع ما ذكر في الزيادات فيما إذا أقام البينة على أن البائع أقر بعد البيع أنه للمستحق فلا يصير متناقضا فتقبل بينته قوله (ولو أقر البائع بذلك) في مسألة الكتاب (عند القاضي) بأن رب العبد لم يأمره بالبيع (بطل البيع إن طلب المشتري ذلك)؛ لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار لعدم التهمة فللمشتري أن يساعده فيه فيتحقق الاتفاق بينهما فينتقض في حقهما لا في حق رب العبد إن كذبهما وادعى أنه كان أمره فإذا لم ينفسخ في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما؛ لأنه وكيله وليس له أن يطالب المشتري؛ لأنه بريء بالتصادق وعند أبي يوسف له أن يطالبه.

فإذا أدى رجع به على البائع وهذا بناء على أن إبراء الوكيل المشتري عن الثمن صحيح عندهما ويضمن للموكل وعنده لا يصح ولو كان بالعكس بأن أنكر المالك التوكيل وتصادقا أنه وكله فإن أقام الوكيل البينة لزمه وإلا استحلف المالك فإن

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٨٩/٤

حلف لم يلزمه وإن نكل لزمه؛ لأن النكول كالإقرار ولو غاب المالك بعد الإنكار وطلب البائع الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما؛ لأنه ثبت عند القاضي أن البيع كان موقوفا فإن طلب المشتري تأخير الفسخ ليحلف المالك أنه لم يأمره لم يؤخر؛ لأن سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تأخيره لأجل اليمين فلو حضر المالك وحلف أخذ العبد وإن نكل عاد البيع ولو كان المالك حاضرا وغاب المشتري لم يأخذ العبد؛ لأن البيع صح ظاهرا فلا يصح القضاء على الغائب بفسخه وللبائع أن يحلف رب العبد أنه ما أمره ببيعه فإن نكل ثبت أمره وإن حلف ضمن البائع ونفذ بيعه كالغاصب إذا باع المغصوب، ثم ملكه بأداء الضمان ولو مات المالك قبل حضوره فورثه البائع وأقام بينة على إقرار المالك بأنه لم يأمره لم تقبل لما بينا من التناقض ولو أقامها على إقرار مشتريه بذلك بعد موته تقبل بخلاف ما إذا أقاما على هذا الوجه حال حياة المالك فإنها لا تقبل؛ لأنه.

ـــــــهـثم قال البائع: إن صاحبه لم يأمرني به وقال المشتري: بل أمر به فإن القول قول الذي يدعي الأمر؛ لأن المعاقدة بينهما دليل على نفاذه وصحته فإذا ادعى أحدهما خلاف ذلك بطل للتناقض ولأنه سعى في نقض ما أوجبه فبطل فإن أراد المدعي منهما الفسخ بأن يقيم البينة على إقرار صاحبه أن صاحب المال لم يأمر بالبيع أو أراد يمين صاحبه على ذلك لم يكن له شيء من ذلك؛ لأن الدعوى بطلت لما قلنا فبطل ما يبتني على ذلك اهـ وقول الشارح – رحمه الله – وفرقوا بينهما إلخ هذا الفرق ذكره في الهداية واقتصر عليه قال الكمال وهذا هو فرق المصنف وهو منظور فيه بأن وضع مسألة الزيادات أيضا في أن الجارية في يد المشتري كما أسمعتك والأولى ما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ أن مسألة الجامع محمولة على أن المشتري أقام البينة على إقرار البائع قبل البيع أما إذا أقامها على إقراره بعد البيع أن رب العبد لم يأمره بالبيع فتقبل؛ لأن إقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه إقرار البائع بعد الأمر قبل البيع ولا يناقض دعواه إقراره بعدم الأمر بعد البيع قال: ومسألة الزيادات محمولة على هذا أيضا فتقع الغنية عن التفرقة بين المسألتين اهـ.

وقيل: مسألة الجامع محمولة على إقرار البائع أو رب العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقض والزيادات على الإقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت ومما يناسب المسألة باع عبد غيره بلا أمره ثم اشتراه من مولاه، ثم أقام البائع البينة أنه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه أو ورثه بعد البيع قال محمد: تقبل بينته ويبطل البيع الأول اهـ (قوله في المسألة الأولى) أي وهي المذكورة في المتن وهي مسألة الجامع الصغير. اهـ. (قوله في المتن ولو أقر البائع) قال الكمال: بخلاف ما لو أقر البائع عند القاضي بذلك حيث يحكم بالبطلان والرد إن طلب المشتري ذلك؛ لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار ولهذا صح إقراره بالشيء بعد إنكاره إياه إلا أن الإقرار حجة قاصرة يعني إنما ينفذ في حق المقر خاصة فإذا وافقه المشتري نفذ عليهما فلذا شرط طلب المشتري حتى يكون نقضا باتفاقهما لا بمجرد إقرار البائع والمراد من فسخ القاضي أنه يمضي إقرارهما أما أن الفسخ يتوقف على القضاء فلا. اهـ. (قوله لا يمنع صحة الإقرار لعدم التهمة إلخ) فإن من أنكر شيئا، ثم أقر به صح إقراره بخلاف الدعوى اهـ (قوله فللمشتري أن يساعده) أي يوافقه فيه. اهـ. (قوله فيتحقق) أي بطلان البيع اهـ ع.

(قوله فينتقض في حقهما لا في حق رب العبد إن كذبهما) قال الكمال: وفروعها أن صاحب العبد لو حضر وصدقهما نفذ الفسخ في حقه وتقرر وإن كذبهما وقال: كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا أن إقدامهما إقرار منهما بالأمر فلا يعمل رجوعهما في حقه ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لا له ويبطل عن المشتري الثمن للآمر في قول أبي حنيفة ومحمد

وعند أبي يوسف يبقى في ذمة المشتري للآمر ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن بناء على أن الوكيل بالبيع يملك إبراء المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد ويملك الإقالة بغير رضا الآمر وعلى قول أبي يوسف لا يملك. اهـ. (قوله؛ لأنه برئ بالتصادق) فيه إشكال حيث اعتبر فيه الإقرار على الغير اهـ (فرع) ذكره الشارح - رحمه الله - في كتاب الدعوى فضولي باع عبد الغير من رجل وفضولي آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى البيعين اهـ فليراجع عند قوله دار في يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها. اهـ. .." (١)

"فلوس وبنصف درهم إلا حبة من الفضة فيكون نصف درهم إلا حبة بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس ولو قال أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا إلا حبة بطل في الكل على قياس قول أبي حنيفة وعندهما صح البيع في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة؛ لأن الفساد عندهما عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد وعنده يفسد وأصل الخلاف أن العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن حتى لو قال أعطني بنصفه فلوسا وأعطني بنصفه نصفا إلا حبة جاز في الفلوس وبطل في الفضة بالإجماع وقد مر نظيره فيما إذا جمع بين حر وعبد ونحوه، ثم إن افترقا في هذه المسألة قبل أن يقبض الفلوس والنصف إلا حبة بطل في النصف إلا حبة؛ لأن العقد فيه صرف وقد افترقا قبل قبض أحد البدلين.

ولا يبطل في الفلوس؛ لأن العقد فيها بيع فيكفي قبض أحد البدلين ولو لم يعطه الدرهم ولم يأخذ هو الفلوس حتى افترقا بطل في الكل؛ لأنهما افترقا عن دين بدين فثبت بمجموع ما مضى أن الأموال أنواع نوع ثمن بكل حال كالنقدين صحبه الباء أو لا، قوبل بجنسه أو بغير جنسه، ونوع مبيع بكل حال كالثياب، والدواب، والعبيد ونوع ثمن من وجه مبيع من وجه كالمكيل، والموزون غير النقدين فإنه إن كان معينا في العقد كان مبيعا، وإن لم يكن معينا وصحبه الباء وقوبل بالمبيع فهو ثمن. ونوع ثمن بالاصطلاح، وهو سلعة في الأصل كالفلوس، فإن كان رائجا كان ثمنا، وإن كان كاسدا، فهو سلعة مثمن، وهذا؛ لأن الثمن ما يثبت دينا في الذمة عند العرب.

كذا ذكره الفراء، والنقود لا تستحق بالعقد إلا دينا في الذمة فكانت ثمنا بكل حال، والعروض لا تستحق بالعقد إلا عينا فكانت مبيعة، والمكيل، والموزون غير النقدين يستحق بالعقد عينا تارة ودينا أخرى فكان ثمنا في حال مبيعا في حال ومن حكم الثمن أن لا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد بفوات تسليمه ويصح الاستبدال به في غير الصرف، والسلم ومن حكم المبيع أن يشترط وجوده قبل العقد في غير السلم وأن لا يصح الاستبدال به قبل قبضه ومن شرطهما أن لا يجوز التفاضل عند المقابلة بالجنس في المقدرات وأن يجب تعيينهما فيما يتعين وقبضهما فيما لا يتعين وفي غير المقدرات يجب تعيينهما فقط، وإن قوبل بخلاف جنسه، فإن كان البدلان من المقدرات يجب تعيينهما إن كانا يتعينان بالتعيين إن جمعهما القدر كالحنطة، والشعير، وإن كانا لا يتعينان يجب قبضهما كالذهب، والفضة، وإن لم يجمعهما القدر كالحنطة، والفضة، أو الفلوس مع أحد النقدين، أو كان أحدهما مقدرا، والآخر غير مقدر كالثياب مع النقدين، أو غيرهما من المقدرات يجب تعيين أحد البدلين دون الآخر كي لا يكون كالئا بكالئ، والله أعلم.

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٠٩/٤

(كتاب الكفالة)، وهي مطلق الضم لغة قال الله تعالى ﴿وكفلها زكريا﴾ [آل عمران: ٣٧] أي ضمها إلى نفسه وقال – عليه الصلاة والسلام – «أنا

ـــــــQقوله: وبنصف درهم إلا حبة من الفضة) أي فجاز ذلك لأن الدرهم لما كان عبارة عن قدر معلوم من الفلوس صار كأنه قال أعطني بهذا الدرهم كذا كذا فلوسا ونصف درهم إلا حبة فلو صرح بهذا جاز فكذا إذا ذكر ما هو بمعناه فكان النصف إلا حبة بإزائه من الفضة من الدرهم والفلوس بإزاء الباقي من الدراهم قال في الأصل ولو شرطه فقال أعطني كذا كذا فلوسا ودرهما صغيرا وزنه نصف درهم إلا قيراطا كان هذا جائزا كله إذا تقابضا قبل أن يفترقا اهـ.

أتقاني (قوله: حتى لو قال أعطني بنصفه) قال في الهداية ولو كرر لفظة الإعطاء كان جوابه كجوابهما لأنهما بيعان قال الأتقاني – رحمه الله – ذكر هذا تفريعا على ما تقدم وفيه نظر لأنه يفهم من هذا الجواب أن قول أبي حنيفة كقولهما إذا كرر لفظ الإعطاء بأن يجوز العقد في حصة الفلوس ويبطل في حصة الفضة وليس كذلك فإن محمدا ذكر في كتاب الصرف من الأصل وقال وإذا دفع الرجل إلى رجل درهما فقال أعطني بنصفه كذا كذا فلوسا وأعطني بنصفه الباقي درهما صغيرا يكون فيه نصف درهم إلا حبة فإن هذا فاسد لأنه صرف نصف بنصف الحبة وينبغي على قياس قول أبي حنيفة أن يفسد في الفلوس والدرهم الصغير جميعا لأنهما صفقة واحدة فإذا فسد بعضها فسد كلها وفي قول أبي يوسف الفلوس جائزة لازمة له والدرهم الصغير بنصف درهم إلا حبة باطل إلى هنا لفظ محمد في الأصل فقد صرح أن الصفقة واحدة وصاحب الهداية قال إنهما بيعان اهـ.

(قوله جاز في الفلوس إلخ) أي لأن العقد تفرق بتكرار الإعطاء كذا قالوا لكن فيه إشكال لأن قوله أعطني مساومة كقوله بعني وبالمساومة لا ينعقد البيع فكيف يتكرر بتكراره ولعل الوجه أن يقال بتكرار أعطني يدل على أن مقصوده تفريق العقد فحمل على أنهما عقدا عقدين اهـ.

ابن فرشتا (قوله وبطل في الفضة بالإجماع) أي لتكرار لفظ أعطني اهـ.

(قوله ومن شرطهما) أي المبيع والثمن اهـ. .

[كتاب الكفالة]

(كتاب الكفالة) ذكر كتاب الكفالة عقيب البيوع من حيث إن الكفالة تكون غالبا في البياعات ولأن في الكفالة إذا كان بأمر معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة اهـ.

أتقاني قال الكمال – رحمه الله – أورد الكفالة عقيب البيوع لأن غالبا يكون تحققها في." [(١)]

"أبي يوسف – رحمه الله – أن هذا خلاف إلى خير؛ لأن المأمور به صرف الدرهم في عشرة أرطال من اللحم، وقد صرفه فيه مع زيادة خير فينفذ عليه كما إذا أمره أن يبيع عبده بألف فباعه بألفين بخلاف ما لو اشترى ما يساوي عشرين رطلا منه درهما بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالإجماع؛ لأنه خالفه إلى شر؛ لأن الأمر تناول لحما يساوي عشرة أرطال

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٤/١٤٥

منه درهما بدرهم وجه الأول أنه أمره بشراء عشرة ولم يأمره بأكثر منه فينفذ الزائد عليه والعشرة على الآمر بخلاف ما استشهد به؛ لأن الزائد فيه بدل ملكه وبخلاف ما إذا وكله أن يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة يساوي كل واحد منهما عشرة دراهم حيث لا يلزم الموكل واحد منهما؛ لأن ثمن كل واحد منهما مجهول إذ لا يعرف إلا بالحزر وكذا المشتري للموكل مجهول بخلاف مسألة اللحم، فإنه موزون مقدر فينقسم الثمن على أجزائه؛ لأنه لا يكون موافقا بمثله عنده كما إذا أمر أن يطلق امرأته واحدة فطلقها ثلاثا حيث لا يقع شيء عنده وكذا لو اختلف الشهود بمثل هذا الاختلاف لا تقبل شهادتهم للاختلاف؛ لأن الاتفاق فيها شرط؛ لأنا نقول ذاك فيما إذا لم يجد نفاذا على الوكيل، وأما إذا وجد فينفذ وفي ضمنه ينفذ على الآمر وهذا لأن الشراء لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل إذا وجد نفاذا والعشرة داخلة في العشرين فبنفوذ العشرين تنفذ العشرة بخلاف ما ذكر في مسألة الطلاق والشهادة، فإنها لا تنفذ عليه لعدم الملك ولا على الموكل لعدم الموافقة والموافقة شرط فيه

قال – رحمه الله –: (ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه لنفسه) معناه لا يتصور أن يشتريه لنفسه بل لو اشتراه ينوي بالشراء لنفسه أو تلفظ بذلك يكون للموكل؛ لأن فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه، والموكل غائب حتى (لو كان الموكل حاضرا وصرح بأنه يشتريه لنفسه) كان المشتري له؛ لأن له أن يعزل نفسه بحضرة الموكل، وليس له أن يعزل نفسه من غير علمه؛ لأن فيه تغريرا له بخلاف ما إذا وكل نفس العبد أن يشتريه له من مولاه أو وكل العبد رجلا أن يشتريه له من مولاه فاشترى حيث لا يكون للآمر ما لم يصرح به للمولى أنه يشتريه فيهما للآمر مع أنه وكيل بشراء شيء بعينه وإنما كان كذلك لاختلاف حكمهما على ما نبين من قريب إن شاء الله تعالى وبخلاف ما إذا وكله أن يزوجه امرأة معينة حيث جاز له أن يتزوج بها؛ لأن النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره؛ لأن الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل فكان مخالفا بإضافته إلى نفسه فانعزل، وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالإضافة إلى أحد فكل شيء أتى به لا يكون مخالفا به إذ لا يعتبر في المطلقات إلا ذاته دون صفاته فيتناول الذات على أي صفة كانت فيكون موافقا بذلك حتى لو خالف مقتضى كلام الآمر في جنس الثمن أو قدره كان مثله على ما نذكر من قريب إن شاء الله تعالى ولو وكله رجل آخر بأن يشتري له ذلك الشيء بعينه فاشتراه له كان للموكل الأول دون الثاني؛ لأنه إذا لم يملك الشراء لنفسه فأولى أن لا يملك الشراء لغيره

قال – رحمه الله – (فلو اشتراه بغير النقود أو بخلاف ما سمي له من الثمن وقع للوكيل)؛ لأنه خالف أمره فينفذ عليه فينعزل في ضمن المخالفة وكذا لو وكل هذا الوكيل رجلا فاشتراه وكيله وهو غائب كان الملك للوكيل الأول لما قلنا، وإن اشتراه بحضرته نفذ على الموكل الأول؛ لأنه حضره رأيه وهو المقصود فلم يكن مخالفا ولأنه إذا كان حاضرا يمكن نقل كلامه إليه على ما ذكرنا في النكاح بخلاف ما إذا كان غائبا

ـــــــ Q « وكل عروة البارقي ليشتري له أضحية واشترى شاتين فأجاز النبي – صلى الله عليه وسلم – ذلك» ولأنه أمر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم على ظن أن سعر اللحم عشرة بدرهم، فإذا زاد فقد فعل خيرا فلزم الآمر. اهـ. أتقاني (قوله:

لأنه خالفه إلى شر) لأن الوكيل أمره بشراء السمين لا المهزول وهذا مهزول. اهـ. (قوله: فينفذ الزائد عليه والعشرة على الآمر) ولا يلزم علينا الزيادة القليلة كعشرة أرطال ونصف رطل حيث يلزم الجميع الآمر لأنها تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة. اهـ. أتقاني (قوله: وبخلاف ما إذا وكله أن يشتري إلخ) ذكر في التتمة وقال: إذا أمره أن يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة وكل منهما يساوي عشرة قال أبو حنيفة لا يجوز البيع في واحد منهما لأني لا أدري أيهما أعطيه بحصته من العشرة لأن القيمة لا تعرف إلا بالحزر والظن ونقله عن المنتقى. اهـ. أتقاني وكتب أيضا قوله وبخلاف **جواب إشكال** على أبي حنيفة. اهـ. (قوله: لأن ثمن كل واحد منهما مجهول) الفرض أن صورة المسألة فيما إذا كان يساوي كل واحد منهما عشرة فكيف يقال بعد ذلك لجهالة الثمن اهـ قارئ الهداية

(قوله في المتن ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه لنفسه) وهذا إذا لم يعين الثمن أما إذا عين فخالف فسيأتي اهـ (قوله: معناه لا يتصور أن يشتري لنفسه) وذلك لأنه يلزم فيه الغدر بالمسلم وهو حرام. اهـ. غاية (قوله: حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بأنه يشتريه إلخ) قال الأتقاني ولأنه لو صح شراؤه لنفسه يلزم منه إخراجه نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل فلا يجوز لأنه فسخ عقد فلا يصح من غير علم صاحبه كسائر العقود، فإذا لم يصح عزله نفسه عن الوكالة يقع شراؤه عن الموكل حيث لم يقع لنفسه. اهـ.

(قوله في المتن فلو اشتراه إلخ) قال في تتمة الفتاوى الوكيل بشراء شيء بعينه إن اشترى لنفسه بنفسه لا يصح إلا إذا خالف في الثمن لا إلى خير أو إلى جنس غير الذي سماه الموكل، وإذا وكل غيره بالشراء فاشتراه له صح اهـ غاية (قوله أو بخلاف ما سمى له من الثمن) كما إذا وكله." (١)

"ماله إليه حتى لو ادعى أنه أوفى الدين إلى الطالب لا يصدق؛ لأنه لزمه الدفع إلى الوكيل بإقراره وثبتت الوكالة به ولم يثبت الإيفاء بمجرد دعواه فلا يؤخر حقه كما لو كان الموكل حاضرا وادعى ذلك وله أن يطالب رب المال ويستحلفه ولا يستحلف الوكيل بالله تعالى ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين؛ لأن النيابة لا تجري في الأيمان بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم؛ لأن الحق يثبت للوارث فكان الحلف بطريق الأصالة دون النيابة وفي المسألة نوع **إشكال** وهو أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى؛ لأن الديون تقضى بأمثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك فالتقيا قصاصا والتوكيل بالاستقراض لا يصح **والجواب** أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض؛ لأنه لا بد للوكيل بقبض الدين من إضافة القبض إلى موكله بأن يقول: إن فلانا وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الإضافة إلى المرسل بأن يقول أرسلني إليك وقال لك أقرضني فصح ما ادعيناه أن هذا رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة هكذا ذكره في النهاية وعزاه إلى الذخيرة وهذا سؤال حسن **والجواب** غير مخلص على قول أبي حنيفة - رحمه الله -، فأن لو كان رسولا لما كان له أن يخاصم.

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٤/٢٦٣

قال – رحمه الله –: (فإن حضر الغائب فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانيا)؛ لأنه إذا صدقه ظهر أنه كان وكيلا له وقبض الوكيل قبض الموكل فتبرأ ذمته به، وإن كذبه لم يصر مستوفيا بالقبض؛ لأنه لم تثبت وكالته والقول قوله في ذلك مع يمينه؛ لأنه منكر ولا يكون قولهما حجة عليه فيأخذ منه الدين ثانيا إن لم يجر استيفاؤه قال – رحمه الله – (ورجع به على الوكيل لو باقيا) أي رجع الغريم بما قبضه الوكيل إن كان باقيا في يده؛ لأنه ملكه وانقطع حق الطالب عنه ولم يبق الاحتمال فيه حيث قبض دينه منه ثانيا قال – رحمه الله – (وإن ضاع لا) أي إن ضاع المقبوض في يد الوكيل لا يرجع به عليه؛ لأن الغريم بإقراره صار محقا في قبضه الدين، وإنما ظلمه الطالب بالأخذ منه ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره ويرد على هذا ما لو كان لرجل ألف درهم مثلا وله ألف آخر دين على رجل فمات وترك ابنين واقتسما الألف العين نصفين فادعى الذي عليه الدين أن الميت استوفى منه الألف حال حياته فصدقه أحدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع عليه بخمسمائة ويرجع بها الغريم على المصدق وهو في زعمه أن المكذب ظلمه في الرجوع عليه وظلم هو المصدق بالرجوع بما أخذه المكذب وذكر في الأمالي أنه لا يرجع؛ لأن الغريم زعم أنه برئ عن جميع الألف إلا أن الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره وما أخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة.

وجه الظاهر أن المصدق أقر على أبيه بالدين؛ لأن الإقرار بالاستيفاء إقرار بالدين؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فإذا كذبه الآخر وأخذ منه خمسمائة لم تسلم له البراءة إلا عن خمسمائة فبقيت خمسمائة دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فيأخذ ما أصابه بالإرث حتى يستوفي؛ لأن الدين مقدم على الإرث قال – رحمه الله – (إلا إذا ضمنه عند الدفع) أي إلا أن يضمن الغريم الوكيل فحينئذ يرجع الغريم على الوكيل؛ لأن الضمان موجب ويجوز في قوله ضمنه التشديد والتخفيف فمعنى التشديد أن يضمن الغريم الوكيل ومعنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذي أخذه منه

ـــــــQإذا صدقه ثم أبى أن يدفع إليه لا يجبر على التسليم إليه قلت: إنما لم يجبر المودع على التسليم لأنه أقر بثبوت الحق في القبض في ملك الغير لأن الوديعة ملك الغير فلا يصح إقراره في ملك الغير فلأجل هذا لم يجبره القاضي على التسليم بخلاف الدين، فإن إقراره بحق القبض وقع في ملك نفسه لا في ملك الغير لأن الديون تقضى بأمثالها (قوله في المتن: فإن حضر الغائب فصدقه) أي صدق الغائب وهو رب الدين الوكيل. اهـ. (قوله: وإلا دفع الغريم إليه الدين ثانيا) لأن الغائب لما لم يصدقه في دعوى براءة ذمته عن الحق لم يصح الأداء فأمر بالدفع ثانيا إلى الموكل قال في شرح أدب القاضي في باب إثبات الوكالة كان للغريم أن يحلفه بالله ما قبض فلان بن فلان الفلاني هذا المال بأمرك ووكالتك لأن الغريم يدعي عليه ما لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يستحلف، فإذا حلف كان له أن يرجع على الغريم والغريم يرجع على الوكيل. اهـ. غاية (قوله: ولا يكون قولهما حجة) أي الغريم والوكيل اهـ.

(قوله: لا يرجع به عليه) لأنه لما صدقه في الوكالة اعتقد أنه أمين في القبض ولكن الموكل يظلمه فيما يطالبه ثانيا فلما كان أمينا كان محقا في القبض ثم لما أخذ الغريم من الوكيل كان ذلك ظلما فلا يجوز لأحد أن يظلم غيره، وإن كان هو مظلوما وهذا معنى قوله والمظلوم لا يظلم، وإن نكل الطالب عن اليمين كان ذلك بمنزلة الإقرار فلا يكون له بعد ذلك سبيل لا على المطلوب ولا على أحد غيره ثم الغائب إذا لم يصدق الوكيل ليس له أن يطالب الوكيل وقال بعض أصحاب الشافعي إن شاء ضمن الوكيل قال الشيخ أبو نصر وهذا لا يصح لأن حقه في ذمة الغير لم يتعين بالدفع فكان له اتباع الذمة فأما

الوكيل، فإنما قبض مال الدافع فلا سبيل لصاحب الدين عليه اهـ أتقاني (قوله: ومعنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذي أخذه منه) معناه أن يضمن الكفيل نظير المال الذي يأخذه رب الدين من المديون على تقدير أخذه منه وليس المراد كما هو ظاهر العبارة أن الوكيل يضمن للمديون المال الذي يأخذه الوكيل من المديون لأنه سيأتي قريبا في كلام الشارح أن الكفالة بهذا المال غير صحيحة لأنه أمانة وقد مزج بأكبر في شرحه هكذا (إلا إذا ضمنه عند الدفع) بأن قال الوكيل إن حضر الغائب وأنكر التوكيل، فإني ضامن لهذا المال." (١)

"ويشاركه في المقبوض ويرجعان على الغريم فإذا كان كذلك وجب أن ينفذ في حقه، ثم يكون لشريكه الخيار إن شاء شاركه فيما قبض ويكون الدين بينهما، وإن شاء رجع على المسلم إليه كسائر الديون وكإقالة نصيبه في المبيع المعين. ولهما أن هذا العقد حقهما فلا ينفرد أحدهما بفسخه، وهذا؛ لأن المسلم فيه لم يكن موجودا قبل العقد وجواز التصرف فيه باعتبار وجوبه بالعقد، والعقد قد تم بهما فصار كل واحد منهما بالتصرف كشطر العلة

وشطر العلة لا يثبت به شيء من الحكم ما لم يتم ذلك بإجازة الآخر كما لو زوج أحد المعتقين المعتقة بخلاف شراء العين فإن العين أصل لوجود العقد حتى لا يجوز العقد إلا بوجودها فكذا تكون أصلا لصحة الرفع؛ لأن العين موجودة حسا ومعاينة قبل العقد وكان لكل واحد منهما ولاية التصرف فيها ولا يستفيده بالعقد فكذا رفعه لتمام العلة فيها، وفي المسلم فيه لا يثبت الملك إلا بالعقد ولا ولاية التصرف فيه إلا به فكان فعلهما علة ثبوت الشركة والولاية؛ ولأنه، لو جاز في نصيبه خاصة بدون إذن شريكه لكان قسمة للدين وهو في الذمة

ولو جاز في نصيبهما من غير إذنه فلا بد من إجازته دفعا للضرر عنه؛ ولأنه يلزم من رجوع شريكه عليه عود الدين وهو المسلم فيه إلى ذمته والمسلم فيه لا يعود بعد سقوطه؛ ولهذا لو تقايلا، ثم فسخا الإقالة لا تنفسخ بخلاف بيع العين ويلزم منه أيضا أن يجوز صلحه ثانيا حتى يسقط عنه ما عاد إلى ذمته، وكذا ثالثا ورابعا إلى أن لا يبقى منه شيء؛ لأن غرضه براءة ذمته ولن يحصل ذلك إلا بسقوط الكل هذا إذا كان رأس المال مخلوطا فلا **إشكال** فيه، وإن لم يخلطاه ونقد كل واحد منهما على حدة اختلفوا فيه فقال بعضهم يجوز عندهما أيضا؛ لأن المانع كونه يؤدي إلى العود بعد سقوطه ولم يوجد هذا المعنى هنا؛ لأن الدافع يأخذ منه ما دفعه إليه

وليس للآخر أن يشركه فيه؛ لأنه لو يدفع إليه شيئا آخر فلا يؤدي إلى عوده بعد سقوطه وقال بعضهم هذه الصورة أيضا على الخلاف؛ لأن عدم الجواز عندهما لكونه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض أو لأن العقد حقهما إلى آخر ما ذكرنا، وقد وجد هذا المعنى هنا فلا يجوز وهو الصحيح؛ لأن العلل التي ذكرناها كل واحدة منها مبطلة لكن عند عدم الخلط يبطل بعلة واحدة وعند وجود الخلط بعلل؛ ولأن من أجازه لم يجزه إلا لعدم العلة المعينة، وذلك لا ينهض حجة لعدم الحكم لجواز ترادف العلل على حكم واحد فعدم بعضها لا يدل على عدم الحكم لجواز أن يخلفه غيره على أنا لا نسلم أن صاحبه لا يشاركه في المقبوض إذا لم يخلطا المال بل له أن يشاركه فيه؛ لأن الشركة فيه إنما تثبت لكونهما اشتركا في دين السلم

والشركة في دين السلم ثابتة بسبب اتحاد العقد؛ ولهذا لا يقبض أحدهما شيئا من المسلم فيه إلا شاركه فيه صاحبه ولا تأثير

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٢٨٢/٤

لخلط المال فيه ولا لعدمه فكذا في رأس المال عند الفسخ فكان الاحتجاج به باطلا.

قال - رحمه الله - (وإن أخرجت الورثة

ـــــــQقوله وكإقالة نصيبه في المبيع المعين) أي كما إذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما في نصيبه اهـ

(قوله ولهما إلخ) قال الأتقاني ولهما أنه لو جاز صلح أحدهما لا يخلو إما أن يجوز في نصيبه خاصة أو في نصف من نصيبهما جميعا فإن جاز في نصيبه خاصة يلزم قسمة الدين قبل القبض، وذلك فاسد لما بينا قبل هذا عند قوله ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف وعند قوله وإذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب، وإن جاز في نصف من النصيبين جميعا يكون ذلك فسخا في حق شريكه وهو لا يملك ذلك فلا بد من رضا الآخر؛ لأن الفسخ في باب السلم بولاية العقد فإن المسلم فيه حادث بالعقد ليس بمحسوس؛ لأنه ثابت في الذمة فصار العقد أصلا فيه واستندت ولاية الفسخ إلى العقد والعقد قائم بهما فلا ينفرد أحدهما بالفسخ اهـ

(فرع) وحاصله أنهما اعتبرا جانب العقد؛ لأن به يصير المسلم فيه موجودا بخلاف شراء العين فإنه موجود قبل العقد وأبو يوسف اعتبر جانب الدين فما قاله أبو يوسف ظاهر؛ لأن المسلم فيه دين كسائر الديون وما قالاه أدق في الفرق كذا في المبسوط والأسرار. اهـ. (قوله وفي المسلم فيه لا يثبت الملك إلا بالعقد) أي؛ لأنه دين ثبت بالعقد وقبل العقد لم يكن موجودا. اهـ. (قوله؛ ولأنه يلزم إلخ) يعني لو جاز صلح أحدهما على رأس المال كما قال أبو يوسف لشاركه الشريك الآخر في المقبوض من رأس المال فإذا شاركه وأخذ منه حصته رجع الشريك المصالح بذلك القدر من المسلم فيه على المسلم إليه؛ لأنه لم يسلم له ذلك القدر بالصلح الواقع بين المصالح والمسلم إليه وقد كان ذلك القدر ساقطا بالصلح ثم عاد فيلزم عود السلم بعد سقوطه، وذلك باطل؛ لأنه يلزم من نفيه ثبوته اهـ

(قوله وهو المسلم فيه إلى ذمته) أي ذمة المسلم إليه. اهـ. (قوله؛ ولهذا لو تقايلا) أي في السلم. اهـ. (قوله ويلزم منه أيضا أن يجوز صلحه) أي صلح المسلم إليه اهـ (قوله هذا إذا كان رأس المال مخلوطا) قال في الهداية قالوا هذا إذا خلطا المال قال الأتقاني أي قال المتأخرون من مشايخنا هذا الخلاف فيما إذا خلطا رأس المال وكان رأس المال مشتركا بينهما ولنا في قيلهم نظر؛ لأن محمدا ذكر المسألة في باب الصلح في السلم بين الرجلين على الخلاف المذكور ولم يتعرض للخلط وعدمه بل أطلق الجواب والحاكم الشهيد وضع المسألة في مختصر الكافي في كتاب الصلح فيما إذا لم يخلطا وصرح بذلك ووضعها في كتاب البيوع فيما إذا نقد رأس مال مشترك بينهما وذكر خلاف أبي يوسف في الموضعين كما بينا. اهـ. .

(قوله في المتن، وإن أخرجت الورثة إلخ) في الهداية عقد لهذا فصلا فقال فصل في التخارج قال الأتقاني معنى التخارج أن يصالح بعض الورثة من نصيبه على شيء فيخرج من البين وإنما أخر هذا الفصل لقلة وقوعه؛ لأن كل أحد لا يرضى بأن يخرج من البين." (١)

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٥/٤٩

"فلا يجوز بخلاف الوصية؛ لأن المتبرع قد مات والورثة ليسوا بمتبرعين، ولو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض

وقوله وقبض في المجلس بلا إذنه أي بلا إذن الواهب وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز إلا بإذنه؛ لأنه تصرف في ملك الغير فلا يجوز إلا بإذنه، وجه الاستحسان أن القبض كالقبول في الهبة، ولهذا لا يملك بها قبله ويغني عن القبول كما بينا والمقصود من الإيجاب إثبات الملك فيكون تسليطا له على القبض دلالة إذ ملكه لا يتصور إلا به فيتقيد ذلك بالمجلس كالقبول؛ لأنه بمنزلته على ما بينا بخلاف ما إذا نهاه عن القبض في المجلس؛ لأن التصريح يفوق الدلالة فلا تعمل بمقابلته شيئا، ولهذا صح الإذن بعد المجلس لكونه صريحا، وإنما انعقدت بقوله وهبت؛ لأنه صريح في الهبة وبقوله نحلت؛ لأنه مستعمل فيه قال – عليه الصلاة والسلام – «أكل أولادك نحلت مثل هذا»

وكذا قال أبو بكر – رضي الله تعالى عنه – لعائشة – رضي الله تعالى عنها – كنت نحلتك على ما بينا وبقوله أطعمتك هذا الطعام؛ لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما تؤكل عينه يراد به التمليك بغير عوض وهو الهبة بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض؛ لأن عينها لا تؤكل فيكون المراد به ما يستغل منها فأمكن ذلك بالعارية وبقوله جعلته لك؛ لأن اللام للتمليك فصار كأنه قال ملكتك هذا الثوب، ألا ترى أن ذلك لو كان بعوض كان تمليكا فكذا بغير عوض وبقوله أعمرتك لقوله – عليه الصلاة والسلام – «من أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من

ـــــــ Q (قوله لأنه تصرف في ملك الغير) وذلك لأن ملك الواهب فيه قبل قبض الموهوب له باق بدليل صحة تصرفه من البيع والإعتاق اهـ أتقاني (قوله فلا يجوز إلا بإذنه) وبه قال الشافعي. اهـ. أتقاني (قوله فيكون تسليطا له على القبض) أي اقتضاء اهـ أتقاني وكتب ما نصه قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه فأما إذا نهاه عن القبض بعد الهبة بأن قال له لا تقبض فقبض فإنه لا يصح قبضه قبض في المجلس أو بعد المجلس، أما بعد المجلس فلا **إشكال** فيه؛ لأنه لو قبض في المجلس لم يصح قبضه فبعد المجلس أولى وإن قبض في المجلس لم يصح؛ لأن نهي الواهب الموهوب له عن القبض رجوع عن الإيجاب؛ لأن القبض في باب الهبة بمنزلة القبول في باب البيع

والبائع لو نهى المشتري عن القبول بعد الإيجاب كان ذلك رجوعا منه عن الإيجاب دلالة فكذلك هذا، ولو رجع ثم قبض لا يصح قبضه فكذلك هذا. اهـ. أتقاني (قوله فيتقيد ذلك بالمجلس) أي وإن لم يوجد الإذن صريحا بيانه ما قاله شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه أنه لا بد لبقاء الإيجاب على الصحة من القبض؛ لأن القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الإيجاب صحيحا، وإذا كان من ضرورة بقاء الإيجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الإقدام على الإيجاب إذنا للموهوب له بالقبض اقتضاء كما في البيع جعلنا إقدام البائع على الإيجاب إذنا للمشتري بالقبض مقتضى بقاء الإيجاب على الصحة إلا أن ما ثبت اقتضاء يثبت ضرورة، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الإذن في المجلس؛ لأن الإيجاب يبقى صحيحا متى قبض في المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراء المجلس بخلاف ما لو أثبت نصا؛ لأن الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس

والجواب في البيع الفاسد على هذا التفصيل الذي ذكرنا في الهبة، وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح

الكافي، وإذا كان العبد الموهوب حاضرا فقال له الواهب قد خليت بينك وبين الهبة فاقبضها وانصرف الواهب فقبضه الموهوب له جاز؛ لأن التخلية إقباض منه فإذا قبض بإذنه تم العقد.
قال فرق بين هذا وبين البيع فإنه إذا خلى بينه وبين المبيع نزل قابضا وإن لم يباشر القبض بخلاف الهبة والفرق بينهما أن القبض واجب عليه في باب البيع وأنه محتاج إلى إخراج نفسه عن العهدة إذا أتى بما في وسعه وليس في وسعه إلا التخلية بخلاف الهبة فإن التسليم ليس بواجب عليه في الهبة فإذا لم يسلمه إليه ويقبضه لا يعد مسلما وإن كان غائبا فأذن له في القبض جاز له أن يرجع ما لم يقبض؛ لأن الهبة لا تلزم قبل إيصال القبض بها فصح رجوعه كذا في شرح الكافي، وقال الكرخي في مختصره فإن أذن له في القبض فقبض الهبة بحضرة الواهب أو بغير حضرته جاز القبض. اهـ. أتقاني وكتب ما نصه
قال قاضيخان رجل قال لآخر وهبت عبدي هذا منك والعبد حاضر بحيث لو مد يده ناله فقال قبضته قال أبو بكر جازت الهبة من غير قبول ويصير قابضا في قول محمد، وقال أبو يوسف لا يصير قابضا ما لم يقبض وإن كان العبد غائبا فقال وهبت منك عبدي فلانا فاذهب واقبضه فقبضه جاز وإن لم يقل قبلت وبه نأخذ اهـ كلام قاضيخان – رحمه الله – وعلم منه أن مجرد التخلية لا يكون قبضا عند أبي يوسف ولا بد عنده من القبض الحقيقي قال في المحيط في باب قبض الهبة ما نصه النوادر رجل وهب من رجل ثوبا وهو حاضر فقال الموهوب له قبضته
قال أبو حنيفة صار قابضا؛ لأنه متمكن من قبضه فأقيم تمكنه مقام قبضه كالتخلية في باب البيع، وقال أبو يوسف لا يصير قابضا ما لم يقبضه بنفسه؛ لأنه غير قابض حقيقة اهـ وعلى هذا فمحمد مع أبي حنيفة رحمهما الله فقوله الحقيقي أي وهو نقله من ذلك المكان. اهـ. (قوله لأن الإطعام إذا أضيف إلخ) قال الأتقاني ولنا في تقرير صاحب الهداية نظر؛ لأنه قال إن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين فعلى هذا ينبغي أن يكون المراد من الإطعام في الكفارة التمليك لا الإباحة كما هو مذهب الخصم؛ لأن المراد من الإطعام إطعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الإطعام في الآية مضافا إلى ما يطعم عينه فافهم اهـ." (١)

"وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه فصار هذا أصلا يعرف به فساد جنسه، والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر لأنه بعض ما يخرج من عمل الأجير، والقدرة على التسليم شرط لصحة العقد وهو لا يقدر بنفسه، وإنما يقدر بغيره فلا يعد قادرا ففسد ولأنه جعل الأجر شيئا لا يمكن تسليمه إلا بعمل الأجير العمل الذي يجب عليه بحكم العقد فتكون القدرة التي هي شرط العقد قائمة بحكم العقد فتصير بمنزلة حكم العقد والشرط لا يصلح حكما فكذا لا يصلح قائما به، فإذا نسج أو حمل فله أجر مثله لا يجاوز به المسمى بخلاف ما إذا استأجره ليحمل له نصف هذا الطعام بنصفه الآخر حيث لا يجب له شيء من الأجر لأن الأجير فيه ملك النصف في الحال بالتعجيل فصار الطعام مشتركا بينهما في الحال ومن حمل طعاما مشتركا بينه وبين غيره لا يستحق الأجر؛ لأنه لا يعمل شيئا لشريكه إلا ويقع بعضه لنفسه فلا يستحق الأجر هكذا قالوا، وفيه **إشكالان**:

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٩٢/٥

أحدهما أن الإجارة فاسدة والأجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كان عينا أو دينا على ما بيناه من قبل فكيف ملكه هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل.
والثاني أنه قال ملكه في الحال قوله لا يستحق الأجر ينافي في الملك؛ لأنه لا يملكه إذا ملكه إلا بطريق الأجرة، فإذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه وكان مشايخ بلخ والنسفي يجيزون حمل الطعام ببعض المحمول ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل أهل بلادهم بذلك، وقالوا من لم يجوزه إنما لم يجوزه بالقياس على قفيز الطحان والقياس يترك بالتعارف، ولئن قلنا إن النص يتناوله دلالة فالنص يختص بالتعامل ألا نرى أن الاستصناع ترك القياس فيه وخص عن القواعد الشرعية بالتعامل ومشايخنا - رحمهم الله - لم يجوزوا هذا التخصيص؛ لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة وبه لا يخص الأثر بخلاف الاستصناع فإن التعامل به جرى في كل البلاد وبمثله يترك القياس ويخص الأثر، والحيلة في جوازه أن يشترط قفيزا مطلقا من غير أن يشترط أنه من المحمول أو من المطحون فيجب في ذمة المستأجر ثم يعطيه منه ثم الأصل فيه أنه متى ما جعل المستأجر المحمول كله لنفسه وشرط له الأجر من المحمول فسدت الإجارة، فإذا عمل الأجير استحق أجر المثل كمسألة الكتاب المذكورة ومتى ما جعل المحمول بعضه له والبعض الباقي أجرة بطلت الإجارة
وإن حمل لا يستحق شيئا لأنه ملكه بالعقد وفي الأول لم يملكه على ما بينا وفي الثالث وهو ما إذا استأجره ليخبز له كذا اليوم بدرهم فلأن المعقود عليه مجهول؛ لأن ذكر الوقت
ـــــــQالانتهاء صادفت محلا مشتركا؛ لأنه إذا عمل صار شريكا، ولو وقع العمل ابتداء وانتهاء في محل مشترك كما لو استؤجر لحمل طعام مشترك أو لطحن حنطة مشتركة بينه وبين الطحان لم ينعقد العقد أصلا حتى لا يجب الأجر فإذا صادف محلا غير مشترك ابتداء ومشتركا انتهاء لا يمنع الانعقاد ويمتنع وصف الصحة ثم إذا فسدت الإجارة على جواب الكتاب كان للعامل أجر المثل؛ لأنه لم يرض بعمله مجانا فإذا سلم عمله ولم يسلم له المسمى كان له أجر المثل لكن لا يجاوز به قيمة المسمى؛ لأن العامل رضي بذلك القدر فلا يستوجب الزيادة، وفي الإجارة الفاسدة لا يزاد على قيمة المسمى إلا إذا كان الفساد لجهالة المسمى بأن سمى الأجر دابة أو ثوبا فحينئذ يجب أجر المثل بالغا ما بلغ، وكذا إذا فسدت الإجارة لفوات شرط مرغوب فيه من جهة الأجير كما لو آجر داره كل شهر بعشرة دراهم على أن يعمرها ويؤدي نوائبها فسدت الإجارة، فإن لم يعمرها المستأجر، ولم يؤد نوائبها يجب أجر المثل بالغا ما بلغ ولا ينقص عن المسمى، وكذلك لو قال آجرتك هذه الدار شهرا بعشرة على أن لا تسكنها فسدت هذه الإجارة، فإن سكنها يجب أجر المثل بالغا ما بلغ يزاد على المسمى ولا ينقص منه، وهذا أيضا يرجع إلى جهالة المسمى في الحقيقة. كذا قال فخر الدين قاضيخان، وإنما كان الثوب لصاحب الغزل؛ لأنه صاحب الأصل وأما مشايخ بلخ فإنما جوزوا ذلك؛ لأن الناس تعاملوا بذلك حيث احتاجوا إليه ووجدوا له نظيرا وهو المزارعة والمعاملة. اهـ. أتقاني.
(قوله فصار هذا أصلا يعرف به إلخ) قال في الهداية، وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجارات قال الأتقاني أي جعل الأجر بعض ما يخرج من عمل الأجير أصل عظيم يعرف به حكم كثير من الإجارات كما إذا استأجره ليعصر له قفيز سمسم بمن من دهنه، وكذلك إذا دفع أرضه ليغرس شجرا على أن يكون الأرض والشجر بينهما نصفين لم يجز والشجر لرب

الأرض وعليه قيمة الشجر وأجر ما عمل كذا في الشامل، وكذا إذا استأجره ليغزل هذا القطن أو هذا الصوف برطل من غزله، وعلى هذا اجتناء القطن بالنصف ودياس الدخن بالنصف وحصاد الحنطة بالنصف ونحو ذلك كله لا يجوز اهـ.
(قوله فكيف ملكه هنا من غير تسليم) الفرض أنه وجد التسليم؛ لأنه بمجرد الحمل وجد التسليم اهـ قارئ الهداية – رحمه الله –. (قوله والثاني أنه قال ملكه في الحال) أي على تقدير الصحة اهـ.
(قوله والنسفي) هو أبو علي أستاذ الحلواني. اهـ. (قوله والحيلة في جوازه أن يشترط قفيزا مطلقا إلخ) قال الأتقاني – رحمه الله – والحيلة في جواز قفيز الطحان أن يشترط صاحب الحنطة قفيزا من الدقيق الجيد ولا يقول من هذه الحنطة؛ لأن الدقيق إذا لم يكن مضافا إلى حنطة بعينها يجب في الذمة ثم إذا طحن يعطيه صاحب الحنطة من الدقيق إن شاء فيجوز. اهـ. (قوله وفي الثالث وهو ما إذا استأجره ليخبز له إلخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي وإذا استأجر الرجل رجلا يعمل له عملا معلوما اليوم إلى الليل بدرهم خياطة أو صباغة أو خبزا أو غير ذلك فالإجارة فاسدة عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد يجيزها استحسانا ونجعل الإجارة على العمل دون اليوم. اهـ. أتقاني.
(فرع) قال في المختلف والحصر." (١)

"إفساد، وإنما السلامة المطلوبة من العمل لا تجاوز المعتاد وبعد ذلك السراية والاقتصار مبنيان على قوة المحل في احتمال الألم وسيلان الدم وضعفه عن ذلك وليس في وسعه معرفته والخارج عن الوسع لا يستحق بعقد المعاوضة بحال، والتحرز عن التخرق ممكن؛ لأنه في وسع القصار يعرف بالنظر في الثوب ما يحتمله من الدق إلا أنه ربما يلحقه الحرج فيه وهو ساقط العبرة فيما يلزم العبد بالتزامه، وإنما يعتبر ذلك في حقوق الله تعالى دفعا للحرج حتى إذا اجتهدوا وأخطأ يكون معذورا وبخلاف أجير الوحد لما نبينه وبخلاف تلميذه لأنه أجير الوحد عند أستاذه وأجير الوحد لا يجب عليه ضمان ويجب على الأستاذ ما أفسده التلميذ بعمله لأن الأستاذ أجير المشترك دون التلميذ، ثم صاحب الثوب مخير إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولم يعطه الأجر، وإن شاء ضمنه معمولا وأعطاه الأجر، وقد مر نظيره.

قال – رحمه الله – (ولا يضمن به بني آدم) يعني ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة، وإن كان بسوقه وقوده؛ لأن ضمان الآدمي لا يجب بالعقد، وإنما يجب بالجناية، ولهذا لا تتحمله العاقلة إلا إذا كان بالجناية وقيل هذا إذا كان كبيرا ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده وإلا فهو كالمتاع والصحيح أنه لا فرق.

قال – رحمه الله – (وإن انكسر دن في الطريق ضمن الحمال قيمته في مكان حمله ولا أجر أو في موضع الكسر وأجره بحسابه) أما الضمان فلأنه تلف بفعله؛ لأن الداخل تحت العقد عمل سليم والمفسد غير داخل فيضمن على ما بينا، وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه، وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بأمره فلم يكن تعديا، وإنما صار تعديا عند الكسر فيميل إلى أي الجهتين شاء فإن مال إلى كونه

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٣٠/٥

متعديا ضمن قيمته في الابتداء ولا يجب الأجر لأنه تبين أنه كان متعديا من الابتداء، وإن مال إلى كونه مأذونا فيه في الابتداء إنما صار متعديا عند الكسر ضمنه قيمته في موضع الكسر وأعطاه أجرته بحسابه. هذا إذا كان الكسر بصنعه بأن زلق أو عثر، وإن كان من غير صنعه بأن زحمه الناس فانكسر فلا يضمن عند أبي حنيفة

ـــــــQقوله وبخلاف تلميذه؛ لأن أجير الوحد) قال في التحفة، ولو تخرق بدق أجير القصار لا ضمان عليه ولكن الضمان على الأستاذ؛ لأن فعله ينتقل إليه كأنه فعله بنفسه، وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي وإذا دق أجير القصار ثوبا فخرقه فضمانه على الأستاذ دون الأجير لأنا نقلنا فعله إلى الأستاذ فكان الضمان عليه، ولو وطئ الأجير على ثوب القصار مما لا يوطأ عليه فخرقه كان ضمانه عليه خاصة؛ لأنه ليس بمأذون فيه فاقتصر الإتلاف عليه، وإن كان مما يوطأ فلا ضمان عليه؛ لأنه مأذون في وطئه، ولو وطئ القصار ثوبا وديعة عنده فتخرق كان ضامنا له، وإن كان مما يوطأ إذا لم يكن أذن له في بسطه ووطئه؛ لأنه أتلفها بغير أمر فيضمن. كذا في شرح الكافي. اهـ. أتقاني.

(قوله أجير مشترك) الذي في خط الشارح؛ لأن الأستاذ أجير المشترك بالإضافة فتأمل

. (قوله وإنما يجب بالجناية) وعقد الإجارة ليس بجناية فلا يكون سببا للضمان اهـ.

(قوله والصحيح أنه لا فرق) قال الأتقاني والصحيح عدم الفرق هكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف في الرضيع اهـ

(قوله في المتن، وإن انكسر دن في الطريق ضمن إلخ) قال في الدراية ليس بقيد فإنه لو كسره عمدا فالحكم كذلك عندنا. اهـ. كاكي وكتب ما نصه قال في الدراية وقيد في بعض الطريق؛ لأنه لو انكسر بعد ما انتهى إلى المكان المشروط من جناية يده فلا ضمان عليه وله الأجر كذا نقل عن الإمام صاعد النيسابوري كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية اهـ وكتب أيضا ما نصه، فإن قيل كيف يضمنه في موضع الحمل ولم يوجد منه سبب الضمان ثم قلنا لما انكسر في الطريق والحمل شيء واحد حكما إذا الحمل المستحق بالعقد ما ينتفع به وهو أن يجعله محمولا إلى موضع عينه ظهر أنه وقع تعديا ابتداء وفي الحقيقة ابتداؤه سليم، وإنما صار تعديا عند الكسر، فإن مال إلى الوجه الحكمي فلا أجر له؛ لأنه ما استوفى من عمله أصلا، وإن مال إلى الوجه الحقيقي فله الأجر بقدر ما استوفى، والأجر والضمان إنما لا يجتمعان عندنا في حالة واحدة، وقد اختلفت الحالة هاهنا، وهذا؛ لأنه إذا ضمنه في مكان الكسر فقد جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل إلى موضع الكسر والأجر يجب في حالة الأمانة، وإنما صار مضمونا في حالة الكسر وهذه حالة أخرى. اهـ. كاكي - رحمه الله -.

(قوله وأما الخيار إلخ) قال في البدائع وأما التخيير على أصل أبي يوسف ومحمد فظاهر؛ لأنه وجد جهتا الضمان القبض والإتلاف فكان له أن يضمنه بالقبض يوم القبض، وله أن يضمنه بالإتلاف يوم الإتلاف أما على أصل أبي حنيفة فيه **إشكال**؛ لأن عنده الضمان يجب بالإتلاف لا بالقبض فكان لوجوب الضمان سبب واحد وهو الإتلاف فيجب أن يعتبر قيمته يوم الإتلاف ولا خيار له على ما يروى عنه **والجواب** عنه من وجهين أحدهما أنه وجد سببان لوجوب الضمان أحدهما الإتلاف والثاني العقد؛ لأن الأجير بالعقد السابق التزم الوفاء بالمعقود عليه وذلك بالعمل المصلح، وقد خالف والخلاف من أسباب وجوب الضمان فيثبت له الخيار إن شاء ضمنه بالعقد، وإن شاء بالإتلاف، والثاني أنه لما لم يوجد منه إيفاء

المنفعة في القدر الفائت فقد تفرقت عليه الصفقة في المنافع فيثبت له الخيار إن شاء رضي بتفرقها، وإن شاء فسخ العقد ولا يكون ذلك إلا بالتخيير. اهـ. (وقوله وأعطاه أجرته بحسابه) أي لأنه استوفى بعض عمله. اهـ. أتقاني.
(قوله وإن كان من غير صنعه إلخ) قال الكاكي – رحمه الله –، وإن تلف في يده بغير عمله بأن زحمه الناس لا يضمن عند أبي حنيفة خلافا لهما وهي مسألة الأجير المشترك اهـ وانظر في الصفحة التي قبل هذه الورقة عند القولة." [1]
"بالإتلاف متعديا؛ لأنه ليس ببذل المنفعة بل هو جزء الأم فيضمنه عند التعدي كالأم، ولهذا لو استولدها الغاصب لا يكون الولد له، ولو آجر العبد كان الأجر له

قال – رحمه الله – (ولو وجده ربه أخذه) أي لو وجد مولى العبد ما في يد العبد من الأجرة أخذه؛ لأنه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك كما في المسروق بعد القطع فإنه يبق متقوما حتى لا يضمن بالإتلاف ويبقى الملك فيه حتى يأخذه المالك.

قال – رحمه الله – (وصح قبض العبد أجره) أي ولو قبض العبد أجرته من المستأجر جاز قبضه بالإجماع؛ لأنه المباشر للعقد وحقوق العقد إليه وتصرفه نفع محض على ما مر في عبد غير مغصوب فصح لكونه مأذونا له في التصرف النافع.

قال – رحمه الله – (ولو آجر عبده هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة صح والأول بأربعة) لأنه لما قال أولا شهرا بأربعة انصرف إلى ما يلي العقد تحريا للصحة كما لو سكت عليه؛ لأن الأوقات في حق الإجارة بمنزلة الأوقات في حق اليمين أن لا يكلم فلانا لأن تنكيرها مفسد فيتعين عقيبها، فإذا انصرف الأول إلى ما يلي العقد انصرف الثاني إلى ما يلي الشهر الأول وتحريا للجواز أيضا؛ لأنه أقرب الأوقات إليه فصار كما لو صرح به.

قال – رحمه الله – (ولو اختلفا في إباق العبد ومرضه حكم الحال) معناه لو استأجر عبدا شهرا مثلا، ثم قال المستأجر في آخر الشهر أبق أو مرض في المدة وأنكر المولى ذلك أو أنكر إسناده إلى أول المدة فقال أصابه قبل أن يأتيني بساعة يحكم الحال فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه؛ لأن القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر، ووجوده في الحال يدل على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر مرجحا، وإن لم يصلح حجة كما إذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة، وهذا إذا كان الظاهر يشهد للمستأجر فظاهر لا إشكال فيه؛ لأنه ليس فيه إلا دفع الاستحقاق عليه والظاهر يصلح له، وإن كان يشهد للمؤجر ففيه إشكال من حيث إنه يستحق الأجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق وجوابه أنه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد، وإنما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره إلى ذلك الوقت فلم يكن مستحقا بمجرد الظاهر، وهذا؛ لأنهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب أقر بالوجوب عليه، ثم الإنكار بعد ذلك يكون متعرضا لنفيه فلا يقبل منه إلا بحجة، وعلى هذا لو أعتق جارية ولها ولد فقالت أعتقني قبل ولادته فيكون حرا تبعا لي، وقال المولى أعتقتك بعدها فلا يعتق كان

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٥/١٣٦

القول قول من كان الولد في يده؛ لأن الظاهر يشهد له، وكذا لو با ع شجرا فيه ثمر واختلفا في بيع الثمر معها كان القول قول من في يده الثمر، وهذا كله تحكيم للحال.

قال – رحمه الله – (والقول لرب الثوب في القميص والقباء والحمرة والصفرة والأجر وعدمه) يعني إذا اختلف رب الثوب والصانع في المخيط بأن قال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء، وقال الخياط قميصا أو في لون الصبغ بأن قال صاحب الثوب أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر، وقال الصباغ بل أمرتني بصبغه أصفر أو في الأجرة بأن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر، وقال الصباغ بأجر كان

ـــــــــــــQقوله ولو آجر) أي الغاصب. اهـ. (قوله كان الأجر له) أي لا للمالك ولا ضمان على الغاصب بالأكل بالاتفاق وعند الأئمة الثلاثة يرجع المالك على الغاصب بأجر المثل كما لو آجر العبد نفسه اهـ كاكي

(قوله في المتن وصح قبض العبد أجره) وفائدة هذا تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الأجر فإن الخروج من عهدته يحصل بأدائه إلى العبد فيما إذا آجر العبد نفسه فأما إذا آجره المولى فليس للعبد ولاية قبض الأجرة؛ لأن العبد ليس بعاقد ولا بوكيل عن العاقد وحقوق العقد ترجع إلى العاقد كذا في الإيضاح اهـ معراج الدراية

(قوله تحريا) أي طلبا. اهـ. (قوله وانصرف الثاني إلى ما يلي الشهر الأول) أي لو عمل في الشهر الأول دون الثاني استحق أربعة دراهم، ولو عمل في الشهر الثاني دون الأول استحق خمسة دراهم. اهـ. أتقاني.
(قوله فصار كما لو صرح به) أي، وكذا لو استأجر ثلاثة أشهر شهرين بدرهمين وشهرا بخمسة فالأولان بدرهمين. اهـ. كاكي

(قوله في المتن، ولو اختلفا في إباق العبد إلخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل استأجر من رجل عبدا له شهرا بدرهمين فقبضه في أول الشهر ثم جاء في آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر أبق حين أخذته، وقال المؤاجر ما كان ذلك إلا قبل أن تأتيني بساعة قال القول قول المستأجر، وإن جاء وهو صحيح في يد المستأجر فقال المستأجر أبق حين أخذته أو مرض حين أخذته وكذبه المؤاجر فالقول قول المؤاجر. إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير. اهـ. أتقاني.
(فرع) قال الأتقاني – رحمه الله – قبيل باب الاختلاف من كتاب الإجارة ونختم الباب بمسألة ذكرها شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي – رحمه الله – في باب إجارة الرقيق من شرح الكافي قال وإذا استأجر الرجل عبدا ليخدمه كل شهر بأجر مسمى فهو جائز؛ لأن الخدمة المعتادة معلومة ووقتها معلوم فصحت الإجارة وله أن يستخدمه من السحر إلى أن ينام الناس بعد العشاء الأخيرة، وإنما يخدمه كما يخدم الناس؛ لأن الوقت الذي يحتاج الإنسان فيه إلى الخدمة هذا؛ لأن الناس ينامون بعد العشاء وينتبهون قريبا من طلوع الفجر ويحتاج الأجير إلى أن يقوم قبله ليهيئ له أسباب الوضوء ويوقد النار والسراج وأشباه ذلك فلذلك قيدناه به اهـ.

(قوله وكذا لو باع شجرا فيه ثمر) أي ثم قال البائع بعت الأشجار دون الثمار والمشتري يقول اشتريتها مع الثمار قالوا ينظر إن كانت الثمار في يد البائع فالقول له، وإن كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري. اهـ. كاكي

(قوله وقال الصباغ بل أمرتني بصبغه أصفر) أي فالقول لصاحب الثوب قال القدوري في شرحه." (١)

"بين شيئين إذا اختار أحدهما تعين حقه فيه، وليس له أن يختار الآخر، ولو ظهر العبد بعدما اختاروا تضمين أحدهما ليس لهم عليه سبيل إن كان القاضي قضى لهم بالقيمة ببينة أو بإباء يمين؛ لأن حقهم تحول إلى القيمة بالقضاء، وإن قضى بالقيمة بقول الخصم مع يمينه، وقد ادعى الغرماء أكثر منه فهم بالخيار فيه إن شاءوا رضوا بالقيمة، وإن شاءوا ردوها، وأخذوا العبد فبيع لهم؛ لأنه لم يصل إليهم كمال حقهم بزعمهم، وهو نظير المغصوب في ذلك كذا ذكره في النهاية، وعزاه إلى المبسوط قال الراجي عفو ربه: الحكم المذكور في المغصوب مشروط بأن تظهر العين، وقيمتها أكثر مما ضمن، ولم يشترط هنا ذلك، وإنما شرط أن يدعي الغرماء أكثر مما ضمن، وأن كمال حقهم لم يصل إليهم بزعمهم وبينهما تفاوت كثير؛ لأن الدعوى قد تكون غير مطابق فيجوز أن تكون قيمته مثل ما ضمن أو أقل فلا يثبت لهم الخيار فيه، وإنما يثبت لهم الخيار إذا ظهر، وقيمته أكثر مما ضمن فلا يكون المذكور هنا مخلصا.

قال - رحمه الله -: (وإن باعه سيده، وأعلم بالدين فللغرماء رد البيع)؛ لأن حقهم تعلق به، وهو حق الاستسعاء أو الاستيفاء من رقبته، وفي كل منهما فائدة فالأول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فكان لهم رده، وفائدة الإعلام بالدين سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين حتى يلزم البيع في حق المتعاقدين، وإن لم يكن لازما في حق الغرماء هذا إذا كان الدين حالا، وكان البيع من غير طلب الغرماء والثمن لا يفي بدينهم فأما إذا كان دينهم مؤجلا فالبيع جائز؛ لأنه باع ملكه، وهو قادر على تسليمه، ولم يتعلق به حق لغيره؛ لأن حق الغرماء متأخر بخلاف الرهن بالدين المؤجل حيث لا يجوز له بيعه؛ لأن للمرتهن ملك اليد فيه فلا يقدر المولى على تسليمه، ولا يد للغرماء في العبد المأذون له، ولا في كسبه، وإنما تعلق حقهم بماليته لقضاء الدين منه، وذلك متأخر إلى ما بعد حلول الأجل، وكذا إذا كان البيع بطلبهم؛ لأن البيع وقع لأجلهم، وإذنهم في البيع بمنزلة بيعهم بأنفسهم فلا ينقض، وكذا إذا كان الثمن يفي بدينهم ودفعه إليهم؛ لأن حقهم قد وصل إليهم فينفذ البيع لزوال المانع. وقال صاحب الهداية قالوا تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن فإن وصل، ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم، وفيه نظر؛ لأنه يشير إلى أنهم لا يكون لهم خيار الفسخ عند وصول الثمن إليهم إذا لم يكن في البيع محاباة، وإن لم يف الثمن بحقهم، وإن كان في البيع محاباة ثبت لهم خيار الفسخ، وإن وفى الثمن بحقهم، وليس كذلك بل لهم خيار الفسخ إذا لم يف الثمن بحقهم، وإن لم يكن فيه محاباة لأجل الاستسعاء، وقد ذكره بنفسه قبيله، ولا خيار لهم إن وفى الثمن بحقهم، وإن كان فيه محاباة لوصول حقهم إليهم، ولو قال تأويل المسألة فيما إذا باعه بثمن لا يفي بدينهم استقام وزال **الإشكال**؛ لأن الثمن إذا لم يف بدينهم لهم نقض البيع كيفما كان، وإذا وفى ليس

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٤٢/٥

لهم نقضه كيفما كان، وإذا لم يوجد شيء مما ذكرنا من تأجيل الدين وطلبهم البيع ووفاء الثمن بالدين فالبيع موقوف حتى يجوز بإجازة الغرماء، وهي مسألة الكتاب على ما بينا.

وذكر محمد – رحمه الله – في الأصل أنه باطل واختلفوا في معناه فقال بعضهم معناه أنه سيبطل؛ لأن البيع موقوف وللغرماء حق إبطاله، وقال بعضهم: معناه أنه فاسد بدليل ما قال في الأصل أنه إذا أعتقه المشتري بعد القبض أو دبره صح ذلك وتلزمه قيمته. قال – رحمه الله –: (وإن غاب البائع فالمشتري ليس بخصم لهم) أي لو با ع المولى عبده المدين، وقبضه المشتري ثم غاب البائع لا يكون المشتري خصما للغرماء إذا أنكر المشتري الدين، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف – رحمه الله – يكون المشتري خصما ويقضى لهم بدينهم، وعلى هذا الخلاف إذا اشترى دارا ووهبها وسلمها إليه ثم غاب المشتري الواهب ثم حضر الشفيع فإن الموهوب له لا يكون خصما عندهما خلافا له، وعنهما مثل قوله في الشفعة هو يقول أن ذا اليد يدعي الملك لنفسه في العين فيكون خصما لكل من ينازعه فيها كما لو ادعوا ملك العبد؛ لأنفسهم أو ادعى رجل أنه رهن عنده، ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد، وهو قائم بالبائع والمشتري فيكون الفسخ قضاء على الغائب، والحاضر ليس بخصم عنه؛ ولأنا لو جعلناه خصما لا يفيد؛ لأنه يؤدي إلى أن لا يجعل خصما في الانتهاء؛ لأنهم ـــــــ Q (قوله: فبيع لهم) لا يتعين البيع لهم بل الخيار لهم إن شاءوا باعوه، وإن شاءوا استسعوه. اهـ. (قوله: وقيمتها أكثر مما ضمن) لما أحاله على مسألة الغصب كان الشرط فيها شرطا في هذه المسألة أيضا. اهـ. (قوله: وإنما يثبت لهم الخيار إلخ) لقائل أن يقول لا يشترط في ثبوت الخيار لهم أن تكون قيمته أكثر مما ضمن بل لهم أن يردوا ما أخذوا، وإن كانت قيمته مثل ما ضمن أو أقل؛ لأن لهم فيه فائدة، وهو حق استسعائه بجميع دينه، وهذا هو **الجواب**. اهـ. نقلته من خط قارئ الهداية." (١)

"شرط رفع البذر مفسد إجماعا فجوزنا المعاملة مقصودا ولم نجوز المزارعة إلا تبعا في ضمن المعاملة وكم من شيء يصح تبعا لا مقصودا كبيع الشرب تبعا لبيع الأرض ولنا ما روي عن ابن عمر «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر، أو زرع» رواه البخاري ومسلم وجماعة أخر وهذا مطلق فلا يجوز تقييده ببعض الأشجار دون بعض ولا تكون المزارعة تبعا للمعاملة بالرأي وقد ورد فيه أحاديث كثيرة كلها مطلقة فوجب إجراؤها على إطلاقها، ويحكي نصا أن أهل خيبر كانوا يعملون في الأشجار والرطاب ولأن الأصل في النصوص أن تكون معلولة فجاز تعديتها إلى ما لا نص فيه لا سيما عند الخصم فإنه لا يحتاج إلى إقامة الدليل على أنه معلول.

قال – رحمه الله – (فإن دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمرة تزيد بالعمل صحت، وإن انتهت لا كالمزارعة) لأن العامل لا يستحق إلا بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي فلو جاز بعد الإدراك لاستحق بلا عمل ولم يرد به الشرع ولا يجوز إلحاقه بما قبل التناهي؛ لأن جوازه قبل التناهي للحاجة على خلاف القياس ولا حاجة إلى مثله فبقي على الأصل وكذا على هذا إذا دفع الزرع وهو بقل جاز، وإن استحصد وأدرك لم يجز لما ذكرنا وهو المراد بقوله كالمزارعة.

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٥/٢١٧

قال – رحمه الله – (وإذا فسدت فللعامل أجر مثله)؛ لأنها في معنى الإجارة كالمزارعة إذا فسدت.

قال – رحمه الله – (وتبطل بالموت) لأنها في معنى الإجارة (كالمزارعة وقد بيناه فيها) فإذا مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر وليس لورثته أن يمنعوه من ذلك استحسانا كما في المزارعة لأن في منعه إلحاق الضرر به فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر على الورثة ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعون عليه بذلك في حصة العامل من الثمر لأنه ليس له إلحاق الضرر به كما في المزارعة هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره وفي رجوعهم في حصته فقط **إشكال** وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه؛ لأن العامل إنما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا لو اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي إلى أن العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلف؛ لأنه يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا **الإشكال** وارد في المزارعة أيضا ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وليس لرب الأرض أن يمنعهم من ذلك؛ لأن فيه النظر من الجانبين فإذا أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاث التي ذكرناها، **والإشكال** الوارد في الرجوع بحصته وأراد هنا أيضا وإن ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي

ـــــــQقوله: ولأن الأصل إلخ) يعني لو كان الأمر كما زعم الشافعي بأن يكون الأثر خص النخل والكرم ولكن الأصل في النصوص التعليل وإنما جوزت المعاملة في النخل والكرم بعلة الحاجة والعلة عامة في غيرهما فتجوز في الرطاب والباذنجان أيضا لوجود الحاجة فيهما. اهـ. غاية.

(قوله في المتن: فإن دفع نخلا فيه ثمرة إلخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره وإذا دفع الرجل إلى رجل نخلا فيه طلع معاملة بالنصف فهو جائز وإن لم يسميا شيئا فهو على المعاملة حتى يبلغ فإذا بلغ فهو بينهما نصفان وكذلك لو دفعه إليه وقد صار بسرا أخضر وكذا لو دفعه إليه وقد صار أحمر لأنه لم يتناه عظمه فهذه معاملة جائزة وهو بينهما نصفان، فإذا دفعه وقد انتهى عظمه وليس يزيد على ذلك قليلا ولا كثيرا إلا أنه لم يرطب فالمعاملة فاسدة فإن قام عليه وحفظه حتى صار تمرا فجميع التمر لصاحب النخل وللعامل أجر مثله فيما عمل وكذلك العنب وجميع الفاكهة في الأشجار يدفعها فهو كما وصفت لك من ثمر النخل قال أبو الحسن وكذلك الزرع ما لم يبلغ الاستحصاد لم يجز أن يدفعه إلى من يقوم عليه ببعضه **والجواب** فيه مثل الأول إلى هنا لفظ الكرخي – رحمه الله – اهـ أتقاني. (فرع) قال الأتقاني ما نصه قال في باب العذر في المعاملة من شرح الكافي وإذا دفع الرجل إلى الرجل نخلا معاملة فما أخرج الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفان فقام عليه ولقحه حتى إذا صار أخضر مات صاحب الأرض انتقضت المعاملة وكان البسر بين ورثة صاحب الأرض وبين العامل نصفين في القياس لأن الإجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين على ما عرف لكنا نستحسن أن نقيم ورثة صاحب الأرض مقامه ويبقى العقد لأجل الحاجة، ثم قال فإن قال العامل أنا آخذ نصف البسر فالورثة بالخيار إن شاءوا صرموا

البسر واقتسموه وإن شاءوا أعطوه نصف قيمة البسر وإن شاءوا أنفقوا عليه حتى يبلغ، ويرجعون بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر وقد مر الوجه فيه في المزارعة اهـ ما قاله الأتقاني في المساقاة.

(قوله: ولو التزم العامل الضرر) أي وقال أنا آخذ نصف البسر اهـ. (قوله: وفي رجوعهم في حصته فقط) لم يقل بقدر حصته ليرد ما ذكر بل معناه أنهم يرجعون بجميع ما غرموا في نصيب المزارع لأن العمل عليه فعليه بدله والشارح اعتقد أن معناه يرجعون عليه بمقدار حصته مما غرموا أي يكون جميع ما غرموا عليهم وعليه فيرجعون بما عليه وليس كذلك اهـ قارئ الهداية نقلته من خطه – رحمه الله تعالى -. (قوله: إشكال) في هذا الإشكال نظر ظاهر اهـ وكتب ما نصه لا إشكال في قول صاحب الهداية وغيرها أصلا إنما الإشكال فيما فهمه هذا الشارح – رحمه الله – من عبارتهم فإنهم قالوا يرجعون عليه بذلك في حصته أي يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا ولم يقل أحد منهم يرجعون بحصته اهـ كذا نقلته من خط البرهان الطرابلسي – رحمه الله تعالى – اهـ. (قوله: وهذا خلافة في حق مالي)." (١)

"الحرمة ولا حد في شربه؛ لأن التحريم للاحتياط والاحتياط في الحد في درئه ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى ذهب ثلثاه لم يحل؛ لأن الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ.

قال – رحمه الله – (وحل الانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير) لما روي عن بريدة أنه – عليه الصلاة والسلام – قال «كنت نهيتكم عن الأشربة في ظروف الأدم فاشربوا في كل وعاء غير أن لا تشربوا مسكرا» رواه مسلم وأحمد وغيرهما، وفي رواية «نهيتكم عن الظروف وإن ظرفا لا يحل شيئا ولا يحرمه وكل مسكر حرام» رواه مسلم وأبو داود وجماعة أخر وكان الانتباذ في هذه الأوعية حراما قال ابن عمر «نهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن الحنتمة، وهي الجرة ونهى عن الدباء، وهي القرعة ونهى عن النقير، وهي أصل النخل ينقر نقرا أو ينسج نسجا ونهى عن المزفت وهي القير» الحديث ثم نسخ بما روينا وقال أبو هريرة – رضي الله عنه – الحنتم الجرار الخضر وفسر النبي – صلى الله عليه وسلم – النقير بالجذع ينقر وسطه وقيل الحنتم الجرار الحمر ثم إن انتبذ في هذه الأوعية قبل استعمالها في الخمر فلا إشكال في حله وطهارته، وإن استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر فإن كان الوعاء عتيقا يطهر بغسله ثلاثا، وإن كان جديدا لا يطهر عند محمد – رحمه الله – لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند أبي يوسف – رحمه الله – يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة، وهي من مسائل غسل ما لا ينعصر بالعصر، وقيل عند أبي يوسف – رحمه الله – يملأ ماء مرة بعد أخرى حتى إذا خرج الماء صافيا غير متغير لونا أو طعما أو رائحة حكم بطهارته.

قال – رحمه الله – (وخل الخمر سواء خللت أو تخللت) أي حل خل الخمر ولا فرق في ذلك بين أن تكون تخللت هي أو خللت وقال الشافعي – رحمه الله –: إن خللها بإلقاء شيء فيها كالملح والخل لا يحل ذلك الخل قولا واحدا وإن كان بغير إلقاء شيء فيها بأن كان بالنقل من الظل إلى الشمس أو إيقاد النار بالقرب منها فلا يحل ذلك الفعل، وإن صار بذلك

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٢٨٥/٥

خلا فله فيه قولان له ما روي عن أنس أنه - صلى الله عليه وسلم - «سئل عن الخمر تتخذ خلا فقال لا» رواه مسلم وأحمد وأبو داود والترمذي وصححه وعن أنس - رضي الله عنه - أن أبا طلحة «سأل النبي - صلى الله عليه وسلم - عن أيتام ورثوا خمرا قال أهرقوها قال أفلا نجعلها خلا قال لا» رواه أحمد وأبو داود؛ ولأنا أمرنا باجتناب الخمر وفي التخليل اقتراب منها على وجه التمول فلا يجوز؛ لأنه يضاد النهي؛ ولأن ما يلقى في الخمر يتنجس بأول الملاقاة وما يكون نجسا لا يفيد الطهارة بخلاف ما إذا تخللت بنفسها؛ لأنه لم يوجد فيه تنجس شيء بالملاقاة والاقتراب حرام، وهو نظير قتل المورث فإنه يحرم الإرث لمباشرته الحرام، وإن مات بنفسه ورثه وكذا صيد الحرم لا يحل له إذا أخرجه بل يجب عليه رده إليه، وإن خرج بنفسه حل

ولنا قوله - عليه الصلاة والسلام - «نعم الإدام الخل» مطلقا فيتناول جميع صورها؛ ولأن بالتخليل إزالة الوصف المفسد وإثبات صفة الصلاح فيه من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والإصلاح مباح كالدباغ، وكذا الصالح لمصالح مباح والاقتراب لإعدام الفساد فأشبه الإراقة والتخليل أولى لما فيه من إحراز مال يصير حلالا في المآل فيختاره من ابتلي به والمنهي عنه بما روي أن يستعمل الخمر استعمال الخل بأن ينتفع بها انتفاعه كالائتدام وغيره وهو نظير ما روي أنه - عليه الصلاة والسلام - «نهى عن تحليل الحرام وتحريم الحلال وأن يتخذ الدواب كراسي» والمراد الاستعمال وفي التنزيل ﴿اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله﴾ [التوبة: ٣١] قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط قال - عليه الصلاة والسلام - «أليس كانوا يأمرون وينهون وتطيعونهم قال نعم قال هو ذلك» فقد فسر الاتخاذ بالاستعمال أو نقول ليس فيما روي دلالة على أن الخمر لا تطهر بالتخليل ولا له تعرض لذلك أصلا، وإنما يوجب حرمة الفعل، وهو التخليل لا غير وذلك لا يمنع حصول الطهارة إذا وجد ألا ترى أنا نهينا عن التوضؤ بماء مملوك للغير بدون رضاه وعن الاستنجاء بأشياء كثيرة ثم إذا فعل ذلك تحصل به الطهارة وكذا الصلاة في الأرض المغصوبة والبيع منهي عنه ثم إذا فعل ذلك يفيد حكمه مع حرمته وتنجس الشيء الملقى فيها للمجاورة فإذا صارت هي خلا طهرت بالاستحالة ولم يبق مجاورا للنجاسة ألا ترى أن ظرفها طاهر؛ لأن تنجسه بنجاستها فإذا طهر بالتخليل جميع أجزائها لم يوجد المنجس وليس فيه تصرف في الخمر على قصد التمول بل هو إتلاف لصفة الخمرية ولا كذلك

ـــــــQعليه **فالجواب** فيه **كالجواب** فيما خلط بالماء إن كان الخمر غالبا وجب الحد، وإن كان النبيذ غالبا لا يجب ما لم يسكر. اهـ. أتقاني - رحمه الله -.

(قوله وكان الانتباذ إلخ) قالوا، وإنما نهى عن هذه الأوعية على الخصوص؛ لأن الأنبذة تشتد في هذه الظروف أكثر مما تشتد في غيرها. اهـ. غاية (قوله ونهى عن الدباء إلخ) قال الأتقاني والدباء القرع جمع دباءة اهـ وكان الأولى أن يقول الشارح، وهو القرع اهـ.

(قوله ما روي عن أنس إلخ) في طريقه السدي اهـ. (قوله والمنهي عنه بما روي إلخ) قال الأتقاني **والجواب** عن حديث أبي طلحة فنقول إنما أمره النبي - صلى الله عليه وسلم - بالإراقة قلعا وقمعا لهم عن أن يحوموا حول الخمور ويعتادوا على

ذلك؛ لأنه كان في ابتداء تحريم الخمر لم يأمن النبي – صلى الله عليه وسلم – من أن يشربوها إذا لم يريقوها فأمر بالإراقة حسما لمادة الفساد كما نهى النبي – صلى الله عليه وسلم – عن الانتباذ في الأوعية ثم لما حصل لهم الفطام عن المسكرات رخص لهم في جميع الأوعية اهـ." (١)

"لأن الصلح لا بد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال ولم يوجد فبطل الصلح والباطل لا يورث شبهة كما لو وطئ مطلقته ثلاثا في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فإنه لا يصير شبهة في درء الحد فكذا هذا فوجب القصاص، وأما إذا أعتقه فقد قصد صحة الإعتاق ضرورة؛ لأن العاقل يقصد تصحيح تصرفه ولا صحة له إلا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء ولهذا لو نص عليه ورضي به جاز فكان مصالحا عن الجناية وما يحدث منها ابتداء على العبد مقتضى الإقدام على الإعتاق والمولى أيضا مصالح معه على هذا الوجه راض به؛ لأنه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل كان أرضى بكونه عوضا عن الكثير، فإذا أعتقه صح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء، وإذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد إلى المولى والأولياء بالخيار إن شاءوا عفوا عنه وإن شاءوا قتلوه وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير رجل قطع يد رجل عمدا فصالح المقطوع يده على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوع يده، ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية وإن لم يعتقه رد على مولاه، وقيل للأولياء إما أن تقتلوه أو تعفوا عنه والوجه ما بيناه فاتحد الحكم والعلة واختلفا صورة، ثم هذه المسألة وهي مسألة الصلح ترد **إشكالا** على قول أبي حنيفة – رضي الله عنه – فيما إذا عفي عن اليد، ثم سرى إلى النفس ومات حيث يبطل العفو ولا يجب القصاص هنالك وفي هذه المسألة قال يبطل الصلح ويجب القصاص فيما إذا لم يعتق العبد وإن أعتقه فالصلح باق على حاله **فالجواب**، أما إذا لم يعتقه فقد قيل ما ذكر في مسألة الصلح **جواب** القياس وما ذكر في مسألة العفو **جواب** الاستحسان، فيكونان على القياس والاستحسان، وقيل بالفرق بينهما ووجهه أن الصلح عن الجناية على مال يقرر الجناية ولا يبطلها؛ لأن الصلح عن الجناية استيفاء للجناية معنى لاستيفاء بدلها، وإذا بقيت الجناية يتوفر عليه عقوبتها وهو القصاص، وأما العفو فهو معدم للجناية، والعفو عن القطع وإن بطل بالسراية إلى النفس لكن بقيت شبهة لوجود صورة العفو وهي كافية لدرء الحد، وأما إذا أعتقه **فجوابه** هو الفرق الذي ذكرناه أن العتق يجعل صلحا ابتداء بخلاف العفو وعلى قولهما أيضا يرد في الصورتين؛ لأنهما كانا يجعلان العفو عن القطع عفوا عما يحدث منه وفي الصلح لم يجعلا كذلك، بل أوجبا القصاص عليه إذا لم يعتقه وجعلاه صلحا مبتدأ إذا أعتقه

. قال – رحمه الله – (جنى مأذون له مديون خطأ فحرره سيده بلا علم عليه قيمة لرب الدين وقيمة لولي الجناية)؛ لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع على الأولياء والبيع على الغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية أولا، ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالتفويت بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي والمسألة بحالها حيث يجب عليه قيمة واحدة للمولى بحكم الملك في رقبته فلا يظهر حق الفريقين بالنسبة إلى ملك المالك؛ لأنه دون الملك فصار كأن ليس فيه حق، ثم الغريم أحق بتلك القيمة؛ لأنها مالية العبد والغريم مقدم في

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٦/٤٨

المالية على ولي الجناية؛ لأن الواجب أن يدفع إليه، ثم يباع للغريم فكان مقدما معنى والقيمة هي المعنى فتسلم إليه وفي الفصل الأول كان التعارض بين الحقين وهما مستويان فيظهران فيضمنهما والأصل أن العبد إذا جنى جناية وعليه دين خير المولى بين الدفع إلى ولي الجناية والفداء فإن اختار الدفع دفع إلى ولي الجناية، ثم بيع في الدين فإن فضل شيء فهو لولي الجناية؛ لأنه بدل ملكه وإلا فلا شيء له وإنما بدئ بالدفع جمعا بين الحقين؛ لأنه أمكن بيعه بعد الدفع، ولو بدئ ببيعه في الدين لا يمكن دفعه بالجناية؛ لأنه لم يوجد في يد المشتري جناية ولا يقال لا فائدة في الدفع إذا كان يباع عليه؛ لأنا نقول فائدته ثبوت استخلاص العبد؛ لأن ولي الجناية يثبت له حق الاستخلاص وللإنسان أغراض في العين، فإذا كان الواجب هو الدفع فلو أن المولى دفعه إلى ولي الجناية بغير قضاء لا يضمن استحسانا؛ لأنه فعل عين ما يفعله القاضي وفي القياس يضمن قيمته لوجود التمليك كما لو باعه أو وهبه، ولو دفعه إلى أصحاب الديون صار مختارا للفداء كما لو باعه؛ لأنه ليس بواجب عليه، بل الواجب عليه الدفع بالجناية أولا، ولو أن القاضي باعه في الدين ببينة قامت عليه، ثم حضر

ـــــــــQقوله: الدفع على الأولياء) يعني أتلف الدفع على الأولياء وأتلف البيع على الغرماء اهـ من خط الشارح – رحمه الله –." (١)

"والمأمور صبي حر تجب الدية على عاقلة الصبي وترجع العاقلة على المكاتب بالأقل من قيمته ومن الدية؛ لأن هذا حكم جناية المكاتب بخلاف القن فإن حكم جنايته على المولى فيجب عليه إن أمكن وإلا سقط على ما بينا وإن عجز المكاتب بعدما قضى القاضي عليه بالقيمة تباع رقبته إلا أن يفدي المولى بدينهم وهو القيمة والقياس أن يبطل حكم جنايته وهو قول أبي حنيفة – رضي الله عنه –؛ لأنه بالعجز صار قنا وأمره لا يصح ولكنهما يقولان لما قضي عليه بالقيمة صار دينا عليه وتقرر فلا يسقط حتى لو عجز قبل القضاء عليه بالقيمة بطل حكم جنايته؛ لأن حكم جنايته إنما يصير دينا عليه بالقضاء ولم يوجد وإن عجز بعدما أدى كل القيمة لا يبطل بالإجماع حتى لا يسترد المولى القيمة، ولو أدى البعض، ثم عجز سلم ما أداه لهم وبطل الباقي عنده، وعندهما لا يبطل وإن كان المأمور عبدا تخير مولاه بين الدفع والفداء، ثم رجع على المكاتب بقيمة المأمور إلا إذا كانت قيمته أكثر من الدية فتنقص عشرة دراهم بقي **إشكال** وهو أن يقال إن هذا ضمان الغصب ففيه يضمن قيمته بالغة ما بلغت فكيف نقص عشرة دراهم كضمان الجناية **فجوابه** هذا ضمان الغصب لكن بسبب الجناية فباعتبار الغصب وجب قيمة المأمور وباعتبار السبب روعي التقدير لوجوبه بسبب الجناية فاعتبر بها في حق التقدير وإن عجز المكاتب فمولى المأمور يطالب مولى المكاتب ببيعه؛ لأن ضمان الغصب لا يسقط بعجز المكاتب وإن أعتق المولى المكاتب فمولى المأمور بالخيار إن شاء رجع بجميع قيمة المأمور على المعتق؛ لأنه ضمان غصب فلا يبطل بالإعتاق وإن شاء رجع على المولى بقدر قيمة المعتق وبالفضل على المعتق إلى تمام قيمة المأمور وإن كان المأمور مكاتبا يجب على المأمور ضمان قيمة نفسه ولا يرجع به على الآمر؛ لأنه تعذر هذا أن يجعل ضمان غصب؛ لأن المكاتب حر من وجه فلا يكون محلا للغصب صغيرا كان أو كبيرا كالحر وتعذر الرجوع بحكم الجناية أيضا؛ لأنه لا جناية من الآمر لكون المأمور كبيرا حكما سواء كان صغيرا أو كبيرا؛ لأن المكاتب الصغير ملحق بالكبير فصار كالحر البالغ العاقل إذا كان مأمورا

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٥٧/٦

. قال – رحمه الله – (عبد قتل رجلين عمدا ولكل وليان فعفا أحد وليي كل منهما دفع سيده نصفه إلى الآخرين أو فداه بالدية) أي للمولى الخيار إن شاء دفع نصف العبد إلى اللذين لم يعفوا من ولي القتيلين وإن شاء فداه بدية كاملة؛ لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص في الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو دية كاملة؛ لأن كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة، فإذا سقط القصاصان وجب أن ينقلب كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون ألفا أو دفع العبد غير أن نصيب العافيين سقط مجانا فانقلب نصيب الساكتين مالا وذلك دية واحدة لكل واحد منهما نصف الدية أو دفع نصف العبد لهما فيخير المولى بينهما. قال – رحمه الله – (وإن قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فدى بالدية لوليي الخطأ وبنصفها لأحد وليي العمد أو دفعه إليهم أثلاثا)؛ لأن وليي الخطأ حقهما في الدية عشرة آلاف درهم وحق وليي العمد في القصاص، فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا وهو نصف الدية خمسة آلاف درهم، فإذا فدى فداه بخمسة عشر ألف درهم عشرة آلاف درهم لوليي الخطأ وخمسة آلاف لغير العافي من وليي العمد وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثا ثلثيه لوليي الخطأ وثلثه للساكت من وليي العمد بطريق العول؛ لأن حقهم في الدية كذلك فيضرب وليا الخطأ بعشرة آلاف ويضرب غير العافي من وليي العمد بخمسة آلاف، وهذا عند أبي حنيفة – رحمه الله –، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يدفعه أرباعا بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لوليي الخطأ وربعه لغير العافي من وليي العمد؛ لأن نصفه سلم لوليي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعتهم في النصف الآخر فيتنصف فإن قيل ينبغي أن يسلم للمولى ربع العبد في هذه المسألة وهو نصيب العافي من وليي العمد ويدفع ثلاثة أرباعه إليهم يقسم بينهم على قدر حقوقهم كما سلم له النصف في المسألة الأولى وهو نصيب العافين قلنا لا يمكن ذلك هنا؛ لأن وليي الخطأ استحقاه كله ولم يسقط من حقهما شيء وهذا لأن حق كل واحد من الفريقين تعلق بكل الرقبة في المسألتين غير أنه

ــــــ (قوله: وأمره لا يصح) أي أمر القن بالقتل لا يصح. اهـ.." (١)

"زاد في الثمرة لفظة أبدا صار كما إذا أوصى بغلة بستانه من غير زيادة شيء حتى يستحق الموجود وما سيوجد فيهما فيحتاج إلى الفرق بينهما والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة، مثل التنصيص على الأبد إذ لا يتأبد إلا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئا أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فإذا أطلقت تناول الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى. وأما الثمرة فإذا أطلقت يراد بها الموجود ولا تتناول المعدوم إلا بدليل زائد عليه، وإنما قيده بقوله وفيه ثمرة؛ لأنه إذا لم يكن في البستان ثمرة والمسألة بحالها فهي كمسألة الغلة في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له، وإنما كان كذلك؛ لأن الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا يتناول المعدوم إلا مجازا فإذا كان في البستان ثمرة عند موت الموصي صار مستعملا في حقيقته فلا يتناول المجاز وإذا لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز ولا يجوز الجمع بينهما إلا أنه إذا ذكر لفظ الأبد تناولهما عملا بعموم المجاز لا جمعا بين الحقيقة والمجاز.

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ١٦٠/٦

قال – رحمه الله – (وبصوف غنمه وولدها ولبنها له الموجود عند موته قال أبدا أو لا) أي إذا أوصى بهذه الأشياء كان له الموجود عند موته ولا يستحق ما سيحدث بعد موته سواء قال أبدا أو لم يقل؛ لأن الوصية إيجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الأشياء عنده فهذا هو الحرف لكن جازت الوصية في الغلة المعدومة والثمرة المعدومة على ما بينا؛ لأنها تستحق بغير الوصية من العقود كالمزارعة والمعاملة فلأن تستحق بالوصية أولى؛ لأنها أوسع بابا من غيرها، وكذا الصوف على الظهر واللبن في الضرع والولد الموجود في البطن يستحق بجميع العقود تبعا وبالخلع مقصودا فكذا بالوصية لما ذكرنا. وأما المعدوم منها فلا يستحق بشيء من العقود فكذا بالوصية ثم مسائل هذا الباب على وجوه ثلاثة منها ما يقع على الموجود والمعدوم إن ذكر الأبد أو لم يذكر كالوصية بالخدمة والسكنى والغلة والثمرة إذا لم يكن في البستان شيء من الثمرة عند موته ومنها ما يقع على الموجود دون المعدوم ذكر الأبد أو لم يذكر كالوصية باللبن في الضرع والصوف على الظهر والولد في البطن ومنها ما يقع على المعدوم والموجود إن ذكر الأبد وإلا فعلى الموجود فقط كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

(باب وصية الذمي) قال – رحمه الله – (ذمي جعل داره بيعة أو كنيسة في صحته فمات فهي ميراث)؛ لأنه بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة – رحمه الله – والوقف عنده لا يلزم فيورث فكذا هذا. وأما عندهما فلأن هذا معصية فلا يصح وإن كان قربة في معتقدهم بقي **إشكال** على قول أبي حنيفة – رحمه الله – وهو أن هذا عندهم كالمسجد عند المسلمين والمسلم ليس له أن يبيع المسجد فوجب أن يكون الذمي فيها كذلك؛ لأنهم عنده يتركون وما يعتقدون **وجوابه** أن المسجد محرر عن حقوق الناس وصار خالصا لله تعالى ولا كذلك البيعة في معتقدهم فإنها لمنافع الناس؛ لأنهم يسكنون فيها ويدفنون فيها موتاهم فلم تصر محررة عن حقوقهم فكان ملكه فيها ثابتا وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضا على ما يجيء بيانه قال – رحمه الله – (وإن أوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث) أي إذا أوصى بأن تبنى داره بيعة أو كنيسة لناس معينين فهو جائز من الثلث؛ لأن الوصية

ـــــــقوله ولا تتناول المعدوم إلا بدليل زائد عليه) قال الأتقاني وأما الوجه الثالث فهو ما إذا أوصى بثمرة بستانه أو بثمرة أرضه ينظر إن ذكر لفظ الأبد وقع على الحادث والموجود جميعا وإن لم يذكر الأبد فإن كان هناك ثمرة موجودة فإنه يقتصر على تلك الثمرة الموجودة وإن لم يكن هناك ثمرة موجودة فالقياس أن تبطل كما ذكرنا في الصوف واللبن والولد وفي الاستحسان يقع على الحادث ويصير كما لو ذكر الأبد والموصى له ما دام حيا فما يحدث من الثمار يكون له وإذا مات بطلت وصيته وعاد إلى ورثة الميت والثمار القائمة تكون موروثة عنه كذا في شرح الطحاوي. اهـ. أتقاني.

(قوله في المتن وبصوف غنمه إلخ) قال الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا ولو أوصى بصوف غنمه جازت الوصية إذا كان على ظهرها صوف وقت موت الموصي لأنه يجري فيه الإرث فكذلك تجوز فيه الوصية ولو أوصى بالصوف الذي يحدث بعد موته فإنه لا يجوز وليس الصوف واللبن بمنزلة الثمرة اهـ أتقاني.

[باب وصية الذمي للذمي]

(باب وصية الذمي) لما ذكر وصية المسلم ذكر وصية الذمي بعده لأن الكفار ملحقون بالمسلمين في أحكام المعاملات بطريق التبعية. اهـ. أتقاني (قوله في المتن ذمي جعل داره إلخ) معناه جعل ذلك في موضع لهم إحداث البيع فيه كالقرى وكتب ما نصه قال في الهداية وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهي ميراث قال الأتقاني وهذا قولهم جميعا ولكن على الاختلاف في المذهبين أما عند أبي حنيفة فلأن مسلما لو وقف أرضا في صحته ثم مات صار ميراثا فكذلك هذا لأن الوقف ليس بلازم حال الحياة بخلاف ما إذا كان مضافا لما بعد الموت وأما عندهما فإنما يورث لأن الإيصاء بما لا يكون قربة بين المسلمين لا يصح عندهما (قوله لناس معينين) أي يحصى عددهم. اهـ. (قوله فهو جائز) أي بالاتفاق اهـ غاية وسيأتي في كلام الشارح آخر الصفحة الآتية عند قوله ومنها ما هو مختلف فيه اهـ.." [١]

"وقال الشافعي - رحمه الله -: يفسده إلا السمك لما مر. ولنا أنه مات في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دما، ولأنه لا دم فيها، إذ الدموي لا يسكن الماء والدم هو المنجس، وفي غير الماء قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن. وقيل لا يفسده لعدم الدم وهو الأصح.

ـــــــQوالضفدع والسرطان. قيل إنما قال في المسألة الأولى لا ينجسه وفي هذه لا يفسده؛ لأن الموت في المسألة الأولى في غير معدنه فيتوهم التنجيس فيناسب نفيه، وفي الثانية في معدنه فلا يتوهم تنجيسه بواسطة الضرورة، لكن احتمل تغير صفة الماء فنفاه بقوله لا يفسده (وقال الشافعي: يفسده إلا السمك لما مر) يعني من قوله؛ لأن التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة.

قيل في هذا التعليل **إشكال**، وهو أن الضفدع والسرطان يجوز أكلهما عند الشافعي على ما روي عنه في كتاب الذبائح على ما سيأتي.

والجواب أنه المذكور في كتاب الذبائح عن الشافعي أنه أطلق ذلك كله فيجوز أن تكون هذه رواية أخرى عنه فيكون الإلزام عليها (ولنا أنه مات في معدنه) وهو ظاهر، وكل ما مات في معدنه كان نجسا في معدنه، وكل ما كان نجسا في معدنه لا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال مجها دما: أي تغيرت صفرتها دما، حتى لو صلى وفي كمه تلك البيضة تجوز الصلاة معها؛ لأن النجاسة في معدنها بخلاف ما إذا صلى وفي كمه قارورة فيها دم لا تجوز صلاته؛ لأن النجاسة ليست في معدنها. قيل هذا التعليل يقتضي ألا يعطى للوحوش والطيور حكم النجاسة إذا ماتت في البر؛ لأنه معدنها، والذي يظهر من كلامهم أنهم يعنون بالمعدن ما يكون محيطا فإنهم يمثلون بالدم في العروق والمخ في البيضة وأشباههما وليس البر كذلك.

وقوله: (ولأنه لا دم فيها) أي في هذه الحيوانات إذ الدموي لا يسكن الماء والدم هو المنجس كما تقدم (و) إذا مات (في غير الماء) كالخل والعصير والحليب ونحوها (قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن) وهو قول نصير بن يحيي ومحمد بن سلمة وهو رواية عن أبي يوسف (وقيل لا يفسده) وهو قول محمد بن مقاتل وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وهشام عن

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي الزيلعي ، فخر الدين ٦/٢٠٤

محمد (لعدم الدم وهو الأصح) لاطراده، قيل في كل واحد من التعليلين نظر، أما في الأول فلأن التعليل بالعدم على وجود الشيء لا يجوز، وأما في الثاني فلأن انتفاء العلة لا يستلزم انتفاء المعلول لجواز أن يثبت بعلة أخرى، **والجواب** عن الأول أنه ليس بتعليل بل هو بيان انتفاء المانع، فإنا قد ذكرنا أن النجاسة لا تعطى." (١)

"وسبب الشك تعارض الأدلة في إباحته وحرمته، أو اختلاف الصحابة – رضي الله عنهم – في نجاسته وطهارته.

ـــــــQالأتان وبول ما يؤكل لحمه.

وقوله: (وسبب الشك تعارض الأدلة) اختلف المشايخ في سبب الشك في سؤره، فمنهم من قال هو تعارض الأدلة (في إباحته وحرمته) فإنه روي «أن غالب بن أبجر سأل رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وقال: لم يبق لي قال إلا حميرات، فقال – عليه الصلاة والسلام –: كل من سمين مالك» وروي «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – حرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر» . قال شيخ الإسلام: هذا لا يقوى؛ لأن لحمه حرام بلا **إشكال**؛ لأنه اجتمع فيه المحرم والمبيح فغلب المحرم على المبيح. كما لو أخبر عدل بأن هذا اللحم ذبيحة مجوسي وآخر أنه ذبيحة مسلم: فإنه لا يحل أكله لغلبة الحرمة فكان لحمه حراما بلا **إشكال** ولعابه متولد منه فيكون نجسا بلا **إشكال**، وفيه نظر؛ لأنه يستلزم نجاسة لبنه، وقد تقدم من قول المصنف أنه طاهر **والجواب** بالالتزام فإنه في ظاهر الرواية نجس كما تقدم. ومنهم من قال اختلف الصحابة في طهارته، فإنه روي عن ابن عمر أنه كان يكره التوضؤ بسؤر الحمار والبغل، وروي عن ابن عباس أنه قال: لا بأس بالتوضؤ به ولم يترجح أحد القولين على الآخر فأوجب شكا.

قال شيخ الإسلام: ولكن هذا لا يقوى؛ لأن الاختلاف في طهارة الماء ونجاسته لا يوجب **الإشكال** كما في إناء أخبر عدل أنه طاهر وأخبر آخر أنه نجس فإن الماء لا يصير مشكلا، وإن اختلفا في طهارة الماء ونجاسته وقد استوى الخبران فكذا هذا، ثم قال والأصح أن دليل الشك هو التردد في الضرورة، فإن الحمار يربط في الدور والأفنية فكان فيه الضرورة إلا أنها دون ضرورة الهرة والفأرة لدخولهما المضايق دون الحمار، فلو لم تكن ضرورة أصلا كان كالسباع في الحكم بالنجاسة بلا **إشكال**، ولو كانت الضرورة كضرورتهما كان مثلهما في سقوط النجاسة، وحيث ثبتت الضرورة من وجه دون وجه واستوى ما يوجب الطهارة والنجاسة تساقطا للتعارض ووجب المصير إلى الأصل.

والأصل شيئان: الطهارة في جانب الماء، والنجاسة في جانب اللعاب؛ لأن لعابه نجس كما بينا وليس أحدهما بأولى من الآخر، فبقي الأمر مشكلا نجسا من وجه طاهرا من وجه آخر، وكان **إشكال** سؤره عند علمائنا بهذا الطريق لا **لإشكال** لحمه ولا لاختلاف الصحابة في سؤره، هذا حاصل ما نقله صاحب النهاية عن شيخ الإسلام.

وهاهنا نكتة لا بأس بالتنبيه عليها، وهي أن طهارة اللعاب ونجاسته دائرتان على طهارة اللحم ونجاسته، وقد قال المصنف في أول هذا الفصل وهو المعتبر في الباب، فلا يخلو إما أن يكون المراد بالنجاسة النجاسة قبل الذبح أو بعده، فإن كان

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ١/٨٤

الأول كانت الشاة مساوية للكلب في أن لحم كل واحد منهما نجس بالمجاورة، وإن كان الثاني فكذلك في أن لحم كل واحد منهما طاهر بعد الذبح وذلك يقتضي." (١)

"ولأن هذه الأشياء للزينة وقد استغنى الميت عنها، وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته وصار كالختان.

ـــــــQكرهت تسريح رأس الميت فجعلته بمنزلة الأخذ بالناصية في كونه غير محتاج إليه. قال: وفي النهاية: قوله في الحي كان تنظيفا **جواب** **إشكال**: أي لا يشكل علينا الحي حيث يسرح شعره ويقص ظفره لأنه محتاج إلى الزينة فلا يعتبر في حقه زوال الجزء، بخلاف الميت فإنه لا يسن فيه إزالة الجزء كما في الختان حيث يفرق بين الحي والميت فيه. بأن يختن الحي ولا يختن الميت بالاتفاق، فكذا في كل زينة تتضمن إبانة الجزء يجب أن يفرق بينهما، ولم أجد له ربطا بكلام المصنف أصلا ولكني أقول قوله (ولأن هذه الأشياء للزينة) أي لزينة الميت (وقد استغنى الميت عنها) أي عن الزينة فاستغنى عن هذه الأشياء. فإن قيل: لا نسلم أن هذه الأشياء لزينة الميت فإنها تفعل بالحي أيضا.

أجاب بقوله (وفي الحي كان تنظيفا) يعني ما كانت تعمل بالحي من حيث إنها زينة بل من حيث إنها تنظيف (لاجتماع الوسخ تحته) وذكر الضمير في تحته بتأويل المذكور. بقي أن يقال: هب أنه كان في الحي." (٢)

"لأنه تفسير لقوله تعالى ﴿يحكم به﴾ [المائدة: ٩٥] ومفعول لحكم الحكم، ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة أو فيكون الخيار إليهما. قلنا: الكفارة عطفت على الجزاء لا على الهدي بدليل أنه مرفوع، وكذا قوله تعالى ﴿أو عدل ذلك صياما﴾ [المائدة: ٩٥] مرفوع، فلم يكن فيها دلالة اختيار الحكمين، وإنما يرجع إليهما في تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك إلى من عليه، ويقومان في المكان الذي أصابه لاختلاف القيم باختلاف الأماكن، فإن كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر أقرب

ـــــــQتفسيرا لقوله ﴿يحكم به﴾ [المائدة: ٩٥] ، فإن ضمير به مبهم ففسره بقوله: هديا فكان نصبا على التفسير. وقيل أي: التمييز فثبت أن المثل إنما يصير هديا باختيارها وحكمهما، (أو مفعول لحكم الحكم) أي: على أن يكون بدلا من الضمير محمولا على محله كما في قوله تعالى ﴿قل إنني هداني ربي إلى صراط مستقيم دينا قيما﴾ [الأنعام: ١٦١] وفي ذلك تنصيص على أن التعيين إلى الحكمين، ثم لما ثبت ذلك في الهدي ثبت في الطعام والصيام لعدم القائل وبالفصل؛ ولأنه عطفهما عليه (بكلمة أو) وهي للتخيير، (فيكون الخيار إليهما) .

وفي توجيه هذا الكلام **إشكال**؛ لأن ذكر الطعام والصيام بكلمة أو لا يفيد المطلوب إلا إذا كان كفارة منصوبا على ما هو قراءة عيسى بن عمر النحوي وهي شاذة، والشافعي لا يرى الاستدلال بالقراءة الشاذة لا من حيث إنه كتاب ولا من حيث إنه خبر كما عرف في الأصول.

وقوله: (قلنا) **جواب** عن استدلالهما، وتقريره أن الدليل إنما يصح أن لو كان كفارة معطوفة على هديا، وليس كذلك لاختلاف إعرابهما، وإنما هي معطوفة على قوله: فجزاء بدليل أنه مرفوع، (وكذلك قوله تعالى ﴿أو عدل ذلك صياما﴾

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ١١٥/١

(٢) العناية شرح الهداية البابرتي ١١١/٢

[المائدة: ٩٥] مرفوع فلم يكن في الآية دلالة اختيار الحكمين) في الطعام والصيام، وإذا لم يثبت الخيار فيهما للحكمين لم يثبت في الهدي لعدم القائل بالفصل، (وإنما يرجع إليهما في تقويم المتلف) لا غير، (ثم الاختيار بعد ذلك إلى من عليه) رفقا له، (ويقومان) أي: الحكمان (في المكان الذي أصابه) المحرم.

قال شيخ الإسلام: وكذا يعتبر الزمان الذي أصابه فيه لاختلاف القيم باختلاف الأماكن والأزمان. وقوله: (فإن كان الموضع برا) ظاهر.." (١)

"فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف تكون ثلاث تطليقات ضرورة. ولو قال: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة، قيل: يقع تطليقتان لأنها طلقة ونصف فيتكامل، وقيل: يقع ثلاث تطليقات لأن كل نصف يتكامل في نفسه فتصير ثلاثا.

ـــــــQالمسألة من خواص مسائل الجامع الصغير. قال فخر الإسلام: إنما أورد: يعني محمدا هذه المسألة **لإشكال** وهو أن كل عدد نصفته لا يكون إلا نصفين، فالقول بالثلاثة في ذلك يجب أن يلغو.

والجواب أنه أراد بهذه التسمية الطلاق يعني أراد ثلاث طلقات واستعمل في ذلك ثلاثة أنصاف تطليقتين باعتبار ما ذكرنا أن نصف تطليقتين إذا كان تطليقة فثلاثة أنصافهما تكون ثلاث تطليقات. ومن الناس من قال لا يقع شيء لأنه مهمل لا معنى له. ومنهم من يقول يقع واحدة لأن ذكر العدد كان لغوا فبقي قوله أنت طالق. ولقائل أن يقول: هذا الكلام إما أن يكون حقيقة فيما أراد أو مجازا، ولا سبيل إلى الأول لأن اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا إلى الثاني لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال.

والجواب أنه مجاز، وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبي حنيفة والاتصال موجود لأنه من باب ذكر الجزء وإرادة الكل. وطولب بالفرق بين ما إذا قال لها أنت طالق ثلاثة أرباع تطليقتين لم تطلق إلا ثنتين ولم نقل وقد أوقع ثلاث مرات ربع تطليقتين وربع التطليقتين نصف تطليقة. ومن أوقع على امرأته ثلاث مرات نصف تطليقة طلقت ثلاثا.

وأجيب بأن **جواب** هذا اللفظ غير محفوظ. وبعد التسليم فالفرق واضح بين، فإن الأجزاء التي أوقعها هناك وهي ثلاثة أرباع موجودة في التطليقتين لأن ربع تطليقتين نصف تطليقة فثلاثة أرباع تطليقتين تطليقة ونصف فيقع تطليقتان فلا وجه إلى صرف الكلام عن ظاهره، وهاهنا الأجزاء التي أوقعها غير موجودة في التطليقتين إذ ليس للتطليقتين ثلاثة أنصاف فلا حاجة لتصحيح كلامه سوى تصحيح كلام العاقل على ما ذكرنا (ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع طلقتان) وهو المنقول عن محمد في الجامع الصغير وإليه ذهب الناطفي في الأجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير. وقال العتابي: هو الصحيح." (٢)

"المشيئة، فإن قالت: قد شئت واحدة بائنة أو ثلاثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال، لأن عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وإرادته، أما إذا أرادت ثلاثا والزوج واحدة بائنة أو على القلب تقع واحدة رجعية لأنه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي إيقاع الزوج وإن لم تحضره النية تعتبر مشيئتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير (قال - رضي الله تعالى

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ٧٧/٣

(٢) العناية شرح الهداية البابرتي ١٧/٤

عنه -)

ـــــــQاختلف علماؤنا فيما إذا قال أنت طالق كيف شئت هل يتعلق أصل الطلاق بمشيئتها أو لا، فقال أبو حنيفة لا يتعلق بل تقع طلقة واحدة ولا مشيئة لها إن لم يدخل بها، وإن دخل بها وقعت تطليقة رجعية والمشيئة إليها في المجلس بعد ذلك. ثم لا يخلو من أن ينوي الزوج شيئا أو لم ينو، فإن كان الثاني اعتبرت مشيئتها في الكم والكيف فيما قالوا جريا على موجب التخيير. وإن كان الأول، فإن اتفقت نيته ومشيئتها فذاك، وإن اختلفا بأن شاءت بائنة والزوج ثلاثا أو بالعكس وقعت واحدة رجعية، وقالا: لا يقع شيء لا قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء، فإن شاءت أوقعت ما شاءت من الرجعي والبائن والثلاث لأنه فوض التطليق إليها على أي صفة شاءت؛ لأن كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقا فلا بد من تعليق الأصل بمشيئتها لتثبت لها المشيئة في جميع الأحوال، كما لو قال أنت طالق إن شئت أو حيث شئت أو أين شئت. ولأبي حنيفة أن كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب الأصل، يقال كيف أصبحت: أي على أي وصف من الصحة والسقم وغير ذلك، فكان التفويض في وصف الطلاق، والتفويض في وصفه يستدعي وجود أصله، وإلا لكان كيف لطلبه وليس كذلك، ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظاهر.

وهاهنا سؤال مشهور وهو أن المعقول أن لا يحتاج إلى نية الزوج؛ لأنه لما فوض الأمر إليها وجب أن تستقل بإثبات ما فوض إليها اعتبارا بعامة التفويضات. **وجوابه** أنه فوض إليها حال الطلاق وهي مشتركة بين الكم والكيف: يعني العدد والبينونة فيحتاج إلى النية لتعيين أحدهما. وقد روي عن الطحاوي أن للمرأة أن تجعل الطلاق بائنا أو ثلاثا في قول أبي حنيفة. قال صاحب النهاية ناقلا عن الفوائد الظهيرية: وقد راجعت الفحول في **جواب** هذا **الإشكال** فما قرع سمعي **جوابه** فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوي. ولقائل أن يقول: لا مناسبة لهذا التفويض لعامة التفويضات إلا في كونه تفويضا وذلك ليس بجامع لوجود الفارق، وهو أن المفوض هاهنا متنوع دونها فيكون في وجوب التعويل نظر. توضيحه أن المتأخر إلى المشيئة ما علق بها والتعليق بالمشيئة إنما حصل." (١)

"أو في العقبى ولا رضا مع الاضطرار.

وأما إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض، فإن كان الفعل مما لها منه بد فلا **إشكال** أنه لا ميراث لها، وإن كان مما لا بد لها منه فكذلك **الجواب** عند محمد - رحمه الله - وهو قول زفر لأنه لم يوجد من الزوج صنع بعدما تعلق حقها بماله. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ترث لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه كأنها آلة له كما في الإكراه. قال (وإذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه: ترث لأنه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدة، ولكنا نقول: المرض إذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لأنه ينعدم به مرض الموت فتبين أنه لا حق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا. ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات الزوج من مرضه وهي

ـــــــQوتابعهم فيه غيرهم فيبطل حكمه أيضا لشبهة الرضا، ولا كذلك حكم الضمان، وقد وجد هاهنا شبهة رضا المرأة فيكفي ذلك لنفي حكم الفرار. وقوله (أو في العقبى) راجع إلى صلاة الظهر. قيل إنما خصها بالذكر وإن كان جميع

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ١٠٨/٤

المكتوبات فيه سواء لأنها أول صلاة فرضت على النبي – صلى الله عليه وسلم – وكان الفهم في النظر إلى الأول أسبق.

وقوله (فكذلك **الجواب** عند محمد) أي لا ترث المرأة لأنه حين علق الزوج الطلاق لم يكن في ماله لها حق فلا يتهم بالقصد إلى الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع، غاية ما في الباب أن ينعدم رضاها إذ فعلها باعتبار أنها لا تجد منه بدا؛ فيكون هذا كالتعليق بفعل أجنبي أو بمجيء الشهر، وقد بينا أن هناك لا ترث إذا كان التعليق في الصحة، فكذلك هاهنا لما أن الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه فلا يكون فارا.

فإن قيل: في هذا مناقضة من جانب زفر لأنه قال فيما تقدم إن المعلق بالشرط كالمنجز فكان إيقاعا في المرض. **فالجواب** أن معنى قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بما له صنع معتبر لأن الشرط لما كان فعلها جعل صنع الزوج كلا صنع بخلاف ما تقدم فإن الشرط لم يكن فعلها فلم يخرج فعله عن حيز الاعتبار. وقوله (لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة)."
(١)

"(وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية.

وقال زفر – رحمه الله –: تعتق في الحال والسعاية دين عليها، وهذا الخلاف فيما إذا عرض على المولى الإسلام فأبى، فإن أسلم تبقى على حالها. له أن إزالة الذل عنها بعدما أسلمت واجبة وذلك بالبيع أو الإعتاق وقد تعذر البيع فتعين الإعتاق. ولنا أن النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة؛ لأنه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي إلى بدل ملكه، أما لو أعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية أم الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده،

ـــــــQالعفو.

(وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) وهي ثلث قيمتها قنة على ما تقدم وكلامه واضح. واستشكل القول بالسعاية عليها عند أبي حنيفة مع أن مالية أم الولد غير متقومة عنده، فإن القول بالسعاية قول بالتقوم إذ السعاية بدل ما ذهب من ماليتها. قوله (ومالية أم الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده) **جواب** عن هذا **الإشكال**."
(٢)

"ولأنها إن لم تكن متقومة فهي محترمة، وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك إذا عفا أحد الأولياء يجب المال للباقين.

(ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية) ؛ لأنها أم ولد له، ولو عجزت في حياته لا ترد قنة؛ لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب

(ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له) وقال الشافعي – رحمه الله –: لا تصير أم ولد له،

ـــــــQوقوله (ولأنها) يعني مالية أم الولد (إن لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا) أي كونها محترمة (يكفي لوجوب الضمان) **جواب** آخر لذلك **الإشكال**. واعترض عليه بأن الاحترام لو كان كافيا لوجوب الضمان لوجب على غاصب أم الولد.

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ٤/١٥٤

(٢) العناية شرح الهداية البابرتي ٥/٤٣

وأجيب بأن مبنى الضمان في الغصب على المماثلة، ولا مماثلة بين ماليتها لانتفاء تقومها وبين ما يضمن به من المال المتقوم، وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم الكلام في مثله. وقوله (كما في القصاص المشترك) يعني إذا كان القصاص مشتركا بين جماعة وعفا أحدهم يجب المال للباقين، وإن لم يكن القصاص مالا متقوما لكنه حق محترم فجاز أن يكون موجبا للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعفو أحدهم.

(ولو مات مولاها) وهو النصراني (عتقت بلا سعاية لأنها أم ولد ولو عجزت في حياته لا ترد قنة، لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب) وهو إسلامها مع كفر مولاها.." (١)

"(والبصرة عنده عشرية بإجماع الصحابة) ؛ لأن حيز الشيء يعطى له حكمه، كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به. وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر، وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية؛ لأنها من حيز أرض الخراج، إلا أن الصحابة وظفوا عليها العشر فترك القياس لإجماعهم (وقال محمد: إن أحياها ببئر حفرها أو بعين استخرجها أو ماء دجلة أو الفرات أو الأنهار العظام التي لا يملكها أحد فهي عشرية) وكذا إن أحياها بماء السماء (وإن أحياها بماء الأنهار التي احتفرها الأعاجم) مثل نهر الملك ونهر يزدجرد (فهي خراجية) لما ذكرنا من اعتبار الماء إذ هو السبب للنماء ولأنه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء؛ لأن السقي بماء الخراج دلالة التزامه.

قال (: والخراج الذي وضعه عمر على أهل السواد من كل

ـــــــQالعشر، وإذا كان هذا مقيدا بكونه مسلما وجب أن يقيد قولهم المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج بأنه إذا لم يكن منه صنيع يقتضي ذلك وهو السقي من ماء الخراج، إذ الخراج يجب جبرا للمقاتلة فيختص وجوب الخراج بما يسقى بماء حمته المقاتلة، والماء الذي حمته المقاتلة ماء الخراج، فلهذا يجب الخراج إذا سقاه بماء الخراج، إلى هذا أشار شمس الأئمة (قوله والبصرة عنده عشرية) **جواب إشكال** يرد على قول أبي يوسف فيما ذكر أن الإحياء في حيز الأرض الخراجية يجعل الأرض خراجية، والبصرة في حيز الأرض الخراجية وإن أحيا فيها مسلم يجب عليه العشر. ووجهه أن القياس ذلك لكن ترك ذلك بإجماع الصحابة (قوله لأن حيز الشيء يعطي له حكمه) دليل أبي يوسف على مذهبه (قوله كفناء الدار) يعني فناء الدار يعطي له حكم الدار في حق الانتفاع وإن لم يكن الفناء مملوكا لصاحب الدار لاتصاله بملكه، فكذا هاهنا تعطى هذه الأرض المحياة حكم جوارها لاتصالها به، ولا يظن في إعادة قوله: " وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية " تكرار لأن الأول رواية القدوري والثاني ذكره شرحا لذلك. ونهر الملك على طريق الكوفة من بغداد، ويزدجرد ملك من ملوك العجم (قوله لما ذكرنا) من قبل إشارة إلى قوله لأن العشر يتعلق بالأرض النامية ونماؤها بمائها.

قال (والخراج الذي وضعه عمر - رضي الله عنه -) اعلم أن الخراج على نوعين: خراج وظيفة وهو أن يكون الواجب في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالأرض (في كل." (٢)

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ٥/٤٤

(٢) العناية شرح الهداية البابرتي ٦/٣٥

"وعن أبي يوسف – رحمه الله – أنه لا يرجع فيهما لأن الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة والموجود ليس إلا الإخبار كاذبا فصار كما إذا قال الأجنبي ذلك أو قال العبد ارتهني فإني عبد وهي المسألة الثانية. ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمدا على ما أمره وإقراره أني عبد، إذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالأمر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر، ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه، والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الآمر به ضامنا للسلامة كما هو موجبه، بخلاف الرهن لأنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الأمر به ضمانا للسلامة،

ـــــــQللضرر ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه (قوله: والبيع عقد معاوضة) إنما صرح به مع كونه معلوما من قوله إن المشتري شرع في الشراء تمهيدا **للجواب** عن الرهن واهتماما ببيان اختصاص موجبية الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا: إن الرجل إذا سأل غيره عن أمن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فإذا فيه لصوص سلبوا أمواله لم يضمن المخبر شيئا لما أنه غرور فيما ليس بمعاوضة، وكذلك لو قال: كل هذا الطعام فإنه غير مسموم فأكل فمات فظهر بخلافه لكونه تغريرا في غير المعاوضة، وإذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فإنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن ببدلي الصرف والمسلم فيه.

وإذا هلك يقع فيه الاستيفاء، ولو كان معاوضة لكان استبدالا برأس مال السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام، وإذا لم يكن معاوضة لم يجعل الأمر به ضمانا للسلامة، وبخلاف الأجنبي فإنه لا معتبر بقوله فلا يتحقق الغرور، ثم في وضع المسألة ضرب **إشكال** على قول أبي حنيفة – رحمه الله – وهو أن الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى، والعبد بعدما قال اشترني فإني عبد إما أن يدعي الحرية أو لا، والأول تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية.

والجواب أن قول محمد فإذا العبد حر يحتمل حرية الأصل والحرية بعتاق عارض، فإن أراد الأول فله وجهان: أحدهما." [١]

"الشرط لهما أو لأحدهما لأنه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم، وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لأنه غير مفيد، بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام القبض

ـــــــQ؛ لأن خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم) وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه، وما كان مانعا من المبني عليه فهو مانع عن المبني، وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد؛ لأن فائدته الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما أخذه عين، فلو رد المأخوذ عاد إلى ما في ذمته فيثبت الخيار فيما أخذه ثانيا وثالثا إلى ما لا يتناهى، فإذا لم يفد فائدته لا يجوز إثباته وفي بيع العين يفيد فائدته؛ لأن العقد ينفسخ عند الرؤية إذا رد المبيع؛ لأنه رد عين ما تناوله العقد فيفسخ.

قيل فيه **إشكالان**: أحدهما أن الضمير في قوله فيه إما أن يراد به رأس المال أو المسلم فيه، لا سبيل إلى الأول؛ لأن خيار الرؤية ثابت في رأس المال، صرح به في التحفة وقال: لا يفسد به السلم، ولا إلى الثاني لانتفاء التقريب؛ لأنه في بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق، وثبوت الخيار في المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان أجنبيا. والثاني أن المبيع في

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ٧/٤٧

الاستصناع دين ومع ذلك للمستصنع خيار الرؤية.

والجواب عن الأول أنه يعود للمسلم فيه وذكره استطرادا، ويجوز أن يعود إلى رأس المال، وهو إن كان دينا في الذمة يتسلسل ولا يفيد، وإن كان عينا وجب أن لا يفيد لإفضائه إلى التهمة. وعن الثاني أنا لا نسلم أن المعقود عليه في الاستصناع دين بل هو عين على ما سيجيء في الاستصناع، بخلاف خيار العيب؛ لأنه لا يمنع تمام القبض؛ لأن تمامه بتمام الصفقة." (١)

"فإن نكل لزمه دعوى البائع، وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري، فإن نكل لزمه دعوى المشتري، وإن حلف يفسخان العقد في القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض (وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع،

ـــــــــفإن نكل لزمه دعوى البائع، وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري، فإن نكل لزمه دعوى المشتري، وإن حلف يفسخان العقد في القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك) من الثمن الذي يقر به المشتري، ولا يلزمه قيمة الهالك لأن القيمة تجب إذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ عنده (ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض) يعني يقسم الثمن الذي أقر به المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض

فإن اتفقا أن قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري نصف الثمن الذي أقر به المشتري ويسقط عنه نصف الثمن، وإن تصادقا أن قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت، فإن تصادقا على أن قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القائم يجب على المشتري ثلث ما أقر به من الثمن (وإن اختلفا) في ذلك فقال المشتري كانت قيمة القائم يوم القبض ألفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس (فالقول للبائع) لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط. بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره، وطولب بوجه تعين قيمته يوم القبض دون القيمة يوم العقد والمبيع يعتبر قيمته يوم العقد في حق انقسام الثمن، دل على ذلك مسائل الزيادات.

وقال محمد: قيمة الأم يوم العقد، وقيمة الزيادة يوم الزيادة، وقيمة الولد يوم القبض، لأن الأم صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض، وكل واحد من العبدين هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض. وقال ظهير الدين: هذا **إشكال** هائل أوردته على كل قرم نحرير فلم يهتد أحد إلى **جوابه**، ثم قال: والذي تخايل لي بعد طول التجشم أن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار." (٢)

"وذلك في تعليق الدين بكسبه، حتى إذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة، بخلاف دين الاستهلاك؛ لأنه نوع جناية، واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالإذن. ولنا أن الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك، والجامع دفع الضرر عن الناس، وهذا؛ لأن سببه التجارة وهي داخلة تحت الإذن، وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة، فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى، وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ٧/٩٨

(٢) العناية شرح الهداية البابرتي ٨/٢٢٢

ملكه،

ـــــــQوقوله (لا بالرقبة) معطوف على قوله بكسبه. فإن قيل: إذا استهلك شيئا تعلق دينه برقبته يباع فيه فهذا كذلك. أجاب بقوله (بخلاف دين الاستهلاك لأنه نوع جناية، واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالإذن) ولهذا لو كان محجورا عليه بيع بذلك، وليس الكلام في ذلك وإنما الكلام فيما يتعلق بالإذن (ولنا أن ذلك دين واجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى) بالإذن، وهذا ظاهر (و) كل دين ظهر وجوبه في حق المولى (تعلق برقبة العبد استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس) (قوله وهذا) إشارة إلى دفع الضرر، وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لأنه المفروض والتجارة داخلة تحت الإذن بلا خلاف فسببها داخل تحته، وإذا كان داخلا تحته كان ملتزما، فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان إضرارا لأن الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فتتوى حقوق الناس، ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق المولى.

وقوله (وتعلق الدين برقبته استيفاء) **جواب** عن قولهما إن غرض المولى من الإذن تحصيل مال له إلخ، وبيانه أن الدين إذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فتكثر المعاملة معه ويزداد الربح، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك فإن خوف التوى يمنعهم عن ذلك، فمن هذا الوجه يصلح أن يكون غرضا للمولى. فإن قيل: لا يصلح أن يكون غرضا للمولى لأنه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا. أجاب بقوله (وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه) وفيه **إشكال**، وهو أن المبيع إن كان باقيا وفيه وفاء بالديون لا يتحقق بيع العبد، وإن لم يكن باقيا أو كان وليس فيه وفاء بها لم يكن دخوله في ملكه دافعا للضرر. وأجيب عنه بأن المراد به مبيع قبضه المولى حين لا دين على العبد ثم ركبته ديون فإنه لا يجب على المولى رده إن كان باقيا، ولا ضمانه إن لم يكن، بل يباع العبد بالدين إن اختاره المولى ويكون البيع جابرا لما فات من العبد، والظاهر أي الدين لما استغرق رقبة العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد. قيل: وليس بواضح، وذلك لأنه لا تنافي بينهما، غير أنه يبدأ بالكسب في استيفاء نظرا للجانبين، وعند عدمه يستوفى من الرقبة لأنه لا دليل على ظهور ذلك على أنه مخصوص بما إذا قبض مبيعا قبل تركب الديون دون غيره، بل الواضح فيه أن يقال: المراد بالديون ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب، وذلك لا يكون إلا بعد دخول مبيع، أو ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما يفوته، وهلاكه في ملكه لا يخرجه." (١)

"لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته. أما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا. وقال أبو يوسف ومحمد: إن باعه بنقصان يجوز البيع، ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة، وإن شاء نقض البيع، وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء.

ووجه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم، وهذا

ـــــــQوبغيره. قال في النهاية: وهذا الخلاف متعلق بأول المسألة، وهو قوله وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف، وليس بصحيح لأنه معطوف بلا معطوف عليه، بل المناسب لذلك عدم الواو.

وقال: ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي: أي أنه يجوز في كل

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ٩/٢٩٣

حال: أعني إذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة: وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة - رحمه الله - في كل حال من هذه الأحوال، وهذا أوجه، ولكن النسخة بالواو تأباه. قلت: ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى، لأن المفهوم من قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقا، ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة **إشكالا** عليه حتى يحتاج إلى **الجواب**. والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا بأول المسألة، وفي كلامه تعقيد، وتقرير كلامه هكذا: وإن باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين، بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل القيمة حيث لا يجوز عنده، لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه: أي عين مال الميت حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته، أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا: أي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث، ثم بعد ذلك يذكر قوله وإن باع بنقصان لم يجز إلخ.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى، إن شاء أزال المحاباة بإيصال الثمن إلى تمام القيمة، وإن شاء نقض البيع وتخصيصهما بهذا الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ. قيل والصحيح أنه قول الكل لأن المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع، فلأن يكون له ذلك بالبيع أولى، فصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون في تصرفه مع الأجنبي (قوله وعلى المذهبين) أي مذهب أبي حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تساوي المحاباة باليسير والكثير، فإن على مذهب أبي حنيفة - رضي الله عنه - إذا باع من مولاه بنقصان يسير أو كثير لا يجوز فلا يخير، وعلى مذهبهما يجوز ولكن يخير المولى (ووجه ذلك) أي وجه الجواز مع التخيير (أن الامتناع) عن البيع بالنقصان (لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم، وهذا) أي الذي ذكرناه من." (١)

"وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره.

ـــــــQأسهل من الرفع (قوله وضرر القسمة مشروع) **جواب** عن قوله لأن مؤنة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة، فإنه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر به فمكنه الشرع من أخذ الشفعة

دفعا للضرر

عنه. وتقرير **الجواب** أن مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وهو التملك على المشتري من غير رضاه، ولم يذكر **الجواب** عن استدلاله بالحديث لأنه في حيز التعارض. وقد أجاب بعضهم بأن قوله - عليه الصلاة والسلام - «الشفعة فيما لم يقسم» من باب تخصيص الشيء بالذكر، وهو لا يدل على نفي ما عداه، وبأن قوله " فإن وقعت الحدود وصرفت الطرق " مشترك الإلزام لأنه - صلى الله عليه وسلم - علق عدم الشفعة بالأمرين، وذلك يقتضي أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا تجب الشفعة، وإنما نفي الشفعة في هذا الصورة لأنها موضع **الإشكال**، لأن في القسمة." (٢)

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ٣٠٢/٩

(٢) العناية شرح الهداية البابرتي ٣٧٤/٩

"وهو للمشتري دون الشفيع، وإن بيعت دار إلى جنبها والخيار لأحدهما فله الأخذ بالشفعة أما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها، وكذا إذا كان للمشتري وفيه **إشكال** أوضحناه في البيوع فلا نعيده، وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع، بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع بجنبها بالشفعة، لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال فكيف بدلالته، ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية

قال (ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها) أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع، وبعد القبض لاحتمال الفسخ، ـــــــQوهو للمشتري دون الشفيع وإن بيعت دار بجنبها والخيار لأحدهما) أي لأحد المتعاقدين من البائع أو من المشتري (فله الأخذ بالشفعة أما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها) فإن أخذها بالشفعة كان نقضا لبيعه لأنه قرر ملكه، وإقرار البائع على إقرار ملكه في مدة الخيار نقض للبيع، لأنه لو لم يجعل نقضا لكان إذا أجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة وتبين أنه أخذها بغير حق (وكذا إذا كان الخيار) للمشتري (وفيه **إشكال**) وهو ما ذكره البلخي من أن أصل أبي حنيفة أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار، والشفعة لا تستحق إلا بالملك فكان تناقضا. وقوله (أوضحناه في البيوع) قال في النهاية: هذه الحوالة في حق **الإشكال** غير رائجة، بل فيه **جواب** **الإشكال** وهو قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها إلخ.

وقيل إذا كانت الحوالة في حق **جواب** **الإشكال** رائجة كانت في حق السؤال كذلك لأن **الجواب** يتضمن السؤال. وقيل لم يقل في البيوع من هذا الكتاب فيجوز أن تكون واضحة في كفاية المنتهى، ولو كان بالخيار لهما لم تثبت الشفعة لأجل خيار البائع لا لأجل خيار المشتري (قوله وإذا أخذها) يعني أخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الأخذ منه إجازة للبيع الأول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البائع (قوله بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها) ظاهر. وقوله (ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى) يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار (له) أي للشفيع أن يأخذها دون الثانية وهي التي أخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية.

قال (ومن ابتاع دارا شراء فاسدا) أول كلامه ظاهر. وفي قول ومن ابتاع دارا شراء فاسدا تلويح إلى أن عدم الشفعة إنما هو فيما إذا وقع." (١)

"ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة لها، بخلاف جانب العامل لأنه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل. وهاهنا وجهان آخران لم يذكرهما: أحدهما أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر فإنه لا يجوز لأنه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع. والثاني أن يجمع بين البذر والبقر.

وأنه لا يجوز أيضا لأنه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع، والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة، وفي رواية لصاحب الأرض ويصير مستقرضا للبذر

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ٤٠٨/٩

ـــــــــــوحده وصار كجانب العمل إذا شرط البقر عليه، **والجواب** أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجارا للعامل.

وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه، وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلا. ولقائل أن يقول: استئجار الأرض والعامل منصوص عليه دون الآخرين فكان أرجح، ويلزم الجواز. ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف العمل به مع وجود المعارض. وقوله كل ذلك بخلق الله تعالى لا مدخل له في الدليل، وإنما ذكره لأنه لما أضاف منفعة الأرض إلى قوة في طبعها توهم أن ينسب إلى القول بالطبيعة فدفع ذلك. وهاهنا وجهان آخران لم يذكرهما القدوري – رحمه الله – وهما فاسدان، وقد ذكر المصنف – رحمه الله – وجه ذلك. وبقي عليه **إشكال**، وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر فيستوجب عليه أجر مثل أرضه. وأجيب بأن منفعة العامل ومنفعة الأرض صارتا مسلمتين إلى صاحب البذر لسلامة الخارج له حكما وكذلك إن لم تخرج الأرض شيئا لأن عمل العامل بأمره في إلقاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه أجر مثله في الوجهين. وثمة وجه آخر لم يذكراه: أي القدوري وصاحب الهداية جميعا وهو أن يشترك أربعة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والأرض من آخر والبقر من آخر. قال محمد – رحمه الله – في كتاب الآثار: أخبرنا عبد الرحمن الأوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد «أنه وقع في عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فألغى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – صاحب الأرض وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم وألحق الزرع كله لصاحب البذر» فهذه مزارعة فاسدة لما." (١)

"الرهن فلا يبقى

ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو بصرفه بعدم إذن المرتهن كما إذا أعتق العبد المشترى قبل القبض أو أعتق الآبق أو المغصوب، ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي، وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله

ثم إذا زال ملكه في الرقبة بإعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كإعتاق العبد المشترك، بل أولى؛ لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد، فلما لم يمنع الأعلى لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى، وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم، وإعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة، وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله (ثم) بعد ذلك (إن كان الراهن موسرا، والدين حالا طولب بأداء الدين) ؛ لأنه لو طولب بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه (وإن كان الدين مؤجلا أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين) ؛ لأن سبب الضمان متحقق، وفي التضمين فائدة فإذا حل الدين اقتضاه بحقه إذا كان من جنس حقه ورد الفضل (وإن كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين إلا إذا كان بخلاف جنس حقه) ؛ لأنه لما تعذر الوصول إلى عين حقه من جهة المعتق يرجع إلى من ينتفع بعتقه وهو العبد؛ لأن الخراج بالضمان

قال – رضي الله عنه –: وتأويله إذا كانت القيمة أقل من الدين، أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى (ثم يرجع

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ٤٦٨/٩

بما سعى على مولاه إذا أيسر) ؛ لأنه قضى دينه وهو مضطر

ــــــــQمخاطب أعتق ملك نفسه، وكل من فعل ذلك صح كما إذا أعتق العبد المشترى قبل القبض أو الآبق أو المغصوب فإنها تشرك المرهون في فوات يد المالك وفي انتفاء القدرة على التسليم إن با ع، فكان المقتضى متحققا والمانع منتفيا فثبت الحكم. أما تحقق المقتضى فلأنه تصرف صدر عن أهله، ولا نزاع فيه مضاف إلى محله، لأنه لا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب لتملكه قبل الرهن. وأما انتفاء المانع فلأن عارض النهي لا ينبئ عن زواله لأن موجب عقد الرهن إما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما هو عندنا أو هو حق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم، وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن، وإذا كان باقيا على ملكه وقد أزاله بالإعتاق صح، ويزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كما إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الأعلى وهو حقيقة الملك للشريك عن صحة العتق فلأن لا يمنع الأدنى وهو يد المرتهن أولى. فإن قيل: ليس المانع منحصرا فيما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا منع النفاذ في البيع والهبة.

أجاب بقوله وامتناع النفاذ، ومعناه أن حق المرتهن إنما صلح مانعا في البيع والهبة لإعدامه قدرة العاقد على التسليم المشروط بصحة العقدين، وليس ذلك بموجود في الإعتاق فلا يصلح مانعا. وقوله (وإعتاق الوارث) **جواب** عما تمسك به الشافعي – رحمه الله – في بعض المواضع وادعى أن إعتاقه لغو. وصورته مريض أو وصي برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات وأعتق الوارث العبد لم ينفذ لحق الموصى له فكذا يجب أن يكون في الرهن، ووجهه أن ذلك لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة – رحمه الله –. وأما عندهما فلا **إشكال** لأنه يعتق في الحال. وقوله (وإذا نفذ الإعتاق) راجع إلى أول الكلام: يعني فإذا ثبت تحقق المقتضي وانتفاء المانع نفذ الإعتاق، وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله وما بعده ظاهر.

وقوله (إلا إذا كان بخلاف جنس حقه) يعني إلا إذا كان الحاصل من السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فإنه لا يقضي به دينه بل يبدل به جنس حقه ويقضي به دينه.

وقوله (لأنه لما تعذر الوصول) دليل وجوب السعاية على العبد. وقوله (نذكره) يعني." (١)

"فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية. وهذا الوضع يرد **إشكالا** فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك، وهاهنا قال يجب. قيل ما ذكر هاهنا **جواب** القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان. وقيل بينهما فرق، ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهرا لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا، فبعد ذلك وإن بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص.

أما هاهنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال، فإذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة، هذا إذا لم يعتقه، أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل.

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ١٨١/١٠

قال (وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان: قيمة لصاحب الدين، وقيمة لأولياء الجناية) لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد: الدفع للأولياء، والبيع للغرماء، فكذا عند الاجتماع. ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن

ــــــــوذكر في بعض نسخ هذا الكتاب: أي كتاب الجامع الصغير هذه المسألة على خلاف هذا الوضع، وساق الكلام مثل ما ذكر في الهداية، وبعض الشارحين عبر عن النسخة الأولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة. وقوله (إلى آخر ما ذكرنا) يعني وإن لم يعتقه رد إلى مولاه ويجعل الأولياء على خيرتهم بين القتل والعفو. وقوله (وهذا الوضع يرد **إشكالا**) قيل أي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة، وإنما خص هذا الوضع بورود **الإشكال** لأنه دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لأنه ينبئ عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو، ولا كذلك الوضع الأول لأن الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع، فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حط شيء فلا يرد **إشكالا** على مسألة العفو، وقيل هذا الوضع: أي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها يرد **إشكالا** فيما إذا عفا عن اليد وسرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك، وهاهنا قال يجب. واختلف المشايخ – رحمهم الله – في **الجواب** عن ذلك، فقال بعضهم: ما ذكر هاهنا من وجوب القصاص **جواب** القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان: يعني وجوب القصاص في هذه المسألة على النسختين **جواب** القياس، وفي الاستحسان تجب الدية، وفي مسألة العفو وجوب الدية **جواب** الاستحسان، وفي القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسألة وتلك على القياس والاستحسان، فاندفع التدافع وحصل التوافق، وقال بعضهم: بينهما فرق، وهو أن العفو عن اليد صح ظاهرا، لأن الحق له كان في اليد من حيث الظاهر (فيصح العفو ظاهرا) وتبطل به الجناية كذلك لأن العفو عنها يبطلها (فبعد ذلك وإن بطل العفو بالسراية حكما يبقى موجودا حقيقة) وذلك كاف لمنع وجوب القصاص (أما هاهنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال، فإذا لم تمتنع الجناية لم يمتنع العقوبة، هذا إذا لم يعتقه، أما إذا أعتقه فالتخريج على ما ذكرناه من قبل) وهو قوله لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده إلخ.

وقوله (فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجناية) يعني إذا كانت القيمة أقل من الأرش.

وقوله (أتلف حقين) واضح. وقوله (ويمكن الجمع بين الحقين) **جواب** عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز أن يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الإتلاف واردا عليهما. ووجهه أن الجمع بينهما ممكن أيضا من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيكون الإتلاف واردا عليهما فيضمنهما به والأصل أن العبد إذا جنى وعليه." (١)

"عن تسليم نفسه كما في المضمونات من حقوق العباد والأداء يجوز بلفظ القضاء إجماعا وفي القضاء بلفظ الأداء خلاف والصحيح أنه يجوز وإنما قال قضاء الفوائت ولم يقل قضاء المتروكات؛ لأن الظاهر من حال المسلم أنه لا يترك الصلاة عمدا بل تفوته باعتبار غفلة أو نوم أو نسيان وإنما ذكر الفوائت بلفظ الجمع وقال في الحج باب الفوات بلفظ

---

(١) العناية شرح الهداية البابرتي ١٠/٣٤٧

الواحد؛ لأن الحج لا يجب في العمر إلا مرة واحدة قال – رحمه الله – (ومن فاتته صلاة قضاها إذا ذكرها) ، وكذا إذا تركها عمدا فسقا أو مجانة أي قلة مبالاة يجب القضاء أيضا لكن للمسلم عقل ودين لا يرد عليه التفويت قصدا فعبر عنه بالتفويت لحسن ظنه به وحملا لأمره على الصلاح.

(قوله: وقدمها على صلاة الوقت إلا أن يخاف فوت صلاة الوقت على الفائتة ثم يقضيها) الترتيب بين الفوائت وفرض الوقت عندنا شرط مستحق ويسقطه ثلاثة أشياء ضيق الوقت والنسيان ودخول الفوائت في حيز التكرار.

(قوله: إلا أن يخاف فوت صلاة الوقت فيقدم صلاة الوقت على الفائتة) فلو قدم الفائتة لجاز؛ لأن النهي عن تقديمها لمعنى في غير المنهي عنه وهو وصول الوقتية عن الفوات بخلاف ما إذا كان في الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز؛ لأنه أداها قبل وقتها الثابت لها بالحديث وهو قوله – عليه السلام – «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها فإن ذلك وقتها فيه» ؛ ولأن النهي عن صلاة الوقتية إذا كان الوقت يتسع لهما لمعنى يختص بها ألا ترى أنه لو تنفل في ذلك الحال لم ينه عنه وإنما ينهى عن صلاة الوقت خاصة والنهي إذا اختص بالمنهي عنه اقتضى الفساد، وأما في حال ضيق الوقت فالنهي عن تقديم الفائتة لا يختص بها وإنما منع منها كي لا يؤدي إلى تأخير الوقتية بدليل أنه لو تنفل أو عمل عملا من الأعمال نهي عنه لأجل ذلك، والنهي إذا لم يكن لمعنى في نفس المنهي عنه لم يقتض الفساد وإنما كان الأولى في حال ضيق الوقت أن يقدم الوقتية؛ لأنه لو بدأ بالفائتة فاتته الوقتية فيصيران جميعا فائتتين فإذا بدأ بالوقتية كانت إحداهما فائتة فلأن يصلي إحداهما وقتية أولى من أن يصليهما فائتتين قال الخجندي إذا افتتح في أول الوقت وهو لا يعلم أن عليه الظهر وأطال القيام والقراءة حتى دخل وقت الكراهة ثم تذكر أن عليه الظهر فله أن يمضي على صلاته وإن افتتح العصر في حال ضيق الوقت فلما صلى منها ركعة أو ركعتين غربت الشمس، فالقياس أن تفسد العصر والاستحسان أن يمضي فيها ثم يقضي الظهر ثم يصلي المغرب ولو تذكر أن عليه الظهر بعدما احمرت الشمس فإنه يصلي العصر ولو صلى الظهر لم يجز ولو افتتح العصر في أول الوقت وهو ذاكر أن عليه الظهر وأطال القيام والقراءة حتى دخل الوقت المكروه لا تجوز صلاته وعليه أن يقطع العصر ثم يفتتح العصر ثانيا ثم يصلي الظهر بعد الغروب، ولو افتتح العصر في أول الوقت وهو لا يعلم أن عليه الظهر وأطالها حتى دخل وقت الكراهة ثم تذكر أن عليه الظهر فله أن يمضي على صلاته.

(قوله: فإن فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الأصل) أي عند قلة الفوائت بدليل قوله فيما بعد إلا أن تزيد الفوائت على ست صلوات والدليل على وجوب الترتيب أن «النبي – صلى الله عليه وسلم – شغل يوم الخندق عن أربع صلوات فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رأيتموني أصلي» وهذا أمر بالترتيب وإنما لم يقل صلوا كما أصلي أو كما صليت؛ لأنه ليس في وسع أحد أن يصلي كما صلى في الخشوع، والأربع صلوات التي شغل عنها يوم الخندق الظهر والعصر والمغرب والعشاء فقضاهن بعد هوى من الليل أي طائفة من الليل وهي نحو من ثلثه أو ربعه فأمر بلالا فأذن ثم أقام فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ثم أقام فصلى المغرب ثم أقام فصلى العشاء.

(قوله: إلا أن تزيد الفوائت على ست صلوات) مراده أن تصير الفوائت ستا ودخل وقت السابعة فإنه يجوز أداء السابعة وفيه **إشكال** وهو أن بدخول السابعة لا تزيد الفوائت على ست وإنما ذلك بخروج وقت السابعة **والجواب** أن هذا من باب

إطلاق اسم الأغلب على الكل فإن الأغلب أن خروج السادسة لا يكون إلا بدخول السابعة وعند دخول السابعة تحقق فوات الست والسابعة بعرضية أن تفوت وقيل معناه إلا أن تصير الفوائت ستا وتحمل الزيادة على." (١)

"بجميع وصيته أما على قياس قول أبي حنيفة ينبغي أن يكون الباقي بعد إخراج الثلث وما تستحقه المرأة بميراثها وهو ستة مقسوما بينهما على ثمانية للرجل خمسة أثمان ولها ثلاثة أثمان لأن ما زاد على الستة إلى الثمانية لا منازعة لها فيه وهو سهمان فيكونان للرجل بقي من الثمانية ستة يكون بينهما نصفان لها ثلاثة وله ثلاثة مع سهميه اللذين انفرد بهما يكون خمسة فنقول له خمسة أثمان الستة ولها ثلاثة أثمانها فتضرب الستة في مخرج الثمن يكون ثمانية وأربعين للرجل منها ستة عشر بحق الثلث يبقى اثنان وثلاثون لها ربعها ثمانية ميراثا يبقى أربعة وعشرون يعطى الرجل خمسة أثمانها وذلك خمسة عشر مضمومة إلى ستة عشر يكون أحدا وثلاثين ولها ثلاثة أثمانها تسعة مضمومة إلى ثمانية يكون سبعة عشر فذلك ثمانية وأربعون

[الوصية للقاتل]

قوله (ولا تجوز الوصية لقاتل) سواء كان عامدا أو خاطئا بعد أن كان مباشرا؛ لأنه استعجل ما أخره الله فيحرم الوصية كما يحرم الميراث فإن أوصى لقاتله فأجازتها الورثة جاز عندهما.

وقال أبو يوسف لا يجوز؛ لأنه منع من الوصية على طريق العقوبة فهو كحرمان الميراث وذلك لا يقف على إجازتهم فكذا الوصية ولهما أن الامتناع لحق الورثة لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث فإذا أجازوها جازت كالوصية للوارث قال الطحاوي القياس ما قاله أبو يوسف وإذا مات الرجل وترك زوجة وأوصى لقاتله استحقت الزوجة ربع المال كاملا وما بقي وصية للقاتل؛ لأنه لا يستحق الوصية إلا إذا لم يكن هناك وارث أو يجيزها الوارث له فإذا لم يكن مستحقا لها لا على ما ذكرنا سلمنا للمرأة الربع ميراثها يبقى ثلاثة أرباع المال لا وارث له فيستحقه القاتل بحق الوصية

قوله (ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم) المراد بالكافر الذمي لأن الوصية للحربي باطلة كذا في المستصفى وإنما جازت الوصية للذمي ولم تجز للحربي لقوله تعالى ﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم﴾ [الممتحنة: ٨] ثم قال ﴿إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين﴾ [الممتحنة: ٩] الآية. وإنما أورد هذه المسألة لأن فيها نوع **إشكال** وهو أن الوصية أخت الميراث ولا توارث بين المسلم والكافر **والجواب** أن الوصية تشبه الميراث من حيث الثبوت ولا تشبهه من حيث إنه ثبت جبرا فلا يكون النص الوارد فيه واردا في الوصية.

وقال السرخسي في الفرق بينهما إن الإرث طريقه طريق الولاية أما الوصية فتمليك مبتدأ ولهذا لا يرد الموصى له الوصية بالعيب بخلاف الوارث كذا في شاهان

[قبول الوصية بعد الموت]

قوله (وقبول الوصية بعد الموت) الأصل في هذا أن الوصية تقف على قبول الموصى له عندنا.

---

(١) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري الحدادي ١/٦٧

وقال زفر لا تقف على القبول؛ لأنه ملك ينتقل بالموت كالميراث ولنا أنه تمليك بعقد فوقف على القبول كالتمليك بالهبة والبيع فإن وجد القبول بعد الموت تمت الوصية وإن وجد قبله لم يتعلق به حكم فإذا مات الموصي زال ملكه عن الموصى به لأن الموت يزيل الأملاك ولم يدخل في ملك الموصى له؛ لأنه يقف على قبوله ولا يملكها الورثة لتعلق حق الموصى له به قوله (فإن قبلها الموصى له في حال الحياة أو ردها فذلك باطل) لأن أوان ثبوت ملكه بعد الموت ثم إذا قبل بعد موت الموصي ثبت الملك قبضه أو لم يقبضه قال الخجندي القبول على ضربين صريح ودليل فالصريح أن يقول قبلت مع موت الموصي والدليل أن يموت الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي فيكون موته قبولا لوصيته ويكون ميراثا لورثته

قوله (ويستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث) سواء كان الورثة أغنياء أو فقراء لأن في التنقيص صلة القرابة بتوفير المال عليهم بخلاف استكمال الثلث؛ لأنه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة

قوله (وإذا أوصى إلى رجل فقبل الوصية في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد) ؛ لأنه لما قبلها فقد اطمأن قلب الموصي إلى تصرفه فمات وهو معتمد على ذلك فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد موته صار مغرورا من جهته فلهذا لم يصح رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه؛ لأنه لا ضرر هناك؛ لأنه حي قادر على التصرف بنفسه كذا في الهداية وفي الكرخي أن الوكيل لا يملك عزل نفسه من غير علم موكله قياسا على الوصية فيحمل كلام الكرخي على ما إذا وكله في شيء بعينه." (١)

"غير أن الخروج إنما يتحقق بالسيلان إلى موضع يلحقه حكم التطهير

ـــــــQبالقياس فإذا عدي لا سبيل أنه تعدى وحده لأنه خلاف وضع القياس، إذ القياس مثل تعدي الحكم الثابت في الأصل إلى الفرع وإذا كان الحكم في الأصل موصوفا بصفة لا يجوز تعديته بدونه فتعين أن يتعدى بصفته وإن كانت مخالفة للقياس، وهذا لأن الشيء إذا ثبت في ضمن غيره لا يعطى له حكم نفسه، وإنما يعطى له حكم التضمن كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن فإنها تلزم والجندي يصير مقيما في المغازي بنية إقامة السلطان في السفر، وقال الأترازي: يعني قوله "لكنه" أي لكن الخارج من غير السبيلين يتعدى حكمه إلى غير موضع الإصابة ويثبت فيه ضرورة تعدي الأول وهو الخارج من السبيلين لأن شمول العلة تستلزم شمول الحكم، والمراد من الأول الخارج من السبيلين لأنه مذكور أولا وغير الخارج من السبيلين مذكور آخرا.

فإن قلت: ما الأصل، وما الفرع، وما شروط القياس فإنا لم نعلم هذه من كلام المصنف قط.

نقول: أولا القياس إبانة مثل حكم أحد المذكورين بمثل علته في الآخر، فالمذكور الأول هو الأصل والثاني هو الفرع، وشرطه أن لا يكون الأصل مخصوصا بحكم آخر كشهادة خزيمة - رضي الله عنه - وأن لا يكون معدولا به عن القياس كبقاء الصيام مع الأكل ناسيا، وإن تعدى الشرع الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه والأصل ههنا هو الخارج من

---

(١) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري الحدادي ٢/٢٨٩

السبيلين أعني الغائط والبول، والفرع هو الخارج من غير السبيلين، وعلماؤنا استنبطوا أن الخارج من السبيلين كان حدثا لكونه نجسا خارجا من بدن الإنسان من قوله تعالى: ﴿أو جاء أحد منكم من الغائط﴾ [النساء: ٤٣] (النساء: الآية ٤٣) وهو نص من أنه معلول بذلك الوصف لظهور أثره في عين الحكم المعلل به، وهو انتقاض الطهارة بخروج دم الحيض والنفاس، ووجدوا مثل ذلك في الخارج من غير السبيلين فتعدى الحكم الأول إليه، وتعدى الحكم الثاني وهو الاقتصار على الأعضاء الأربعة أيضا ضرورة تعدي الأول لأنه لو لم يتعد إليه تغير حكم النص بالتعليل وذلك يفسد القياس.

م: (غير أن الخروج إنما يتحقق بالسيلان إلى موضع يلحقه حكم التطهير) ش: هذا **جواب** **إشكال** وهو أن يقول: إن الحكم في الفرع لا بد وأن يكون على وفق الحكم في الأصل كما عرف ثم في الأصل يستوي القليل والكثير ولا يستوي ذلك في الفرع، وتقدير **الجواب** أن المؤثر في نقض الطهارة إنما هو المخروج من الباطن إلى الظاهر، والخروج إنما يتحقق إذا وجد السيلان إلى موضع يلحقه حكم التطهير في البدن كله موضع النجاسة والرطوبات والدماء السائلة فإذا انقطعت البشرة كانت الدماء والرطوبات مادية لا خارجة بخلاف البول إذا ظهر على الإحليل ولم يسل لأنه وجد الخارج من الباطن إلى الظاهر لأن موضع تلك النجاسة هي المثانة لا الإحليل، والمراد من السيلان أن يعلو الشيء على رأس الجرح وينحدر.." (١)

"والمني خاثر أبيض ينكسر منه الذكر عند خروجه،

ــــــQوقال الفقيه أبو جعفر الهندواني إن اتحد الجنس بأن بال ثم رعف أو على العكس فالوضوء منهما جميعا، فعلى قول الجرجاني يكون الوضوء والغسل من الأول إن اتحد الجنس أو اختلف، وعلى قول الهندواني إن اتحد فمن الأول، وإن اختلف فمنهما جميعا، وعلى ظاهر **الجواب** الوضوء والغسل منهما جميعا كيف ما كان، وقيل: الودي ما يخرج بعيد الاغتسال من الجماع وبعد البول وهو من الزوج، فعلى هذا **الإشكال** ذكر الزوجة في الودي يخالف ما تقدم.

م: (والمني خاثر أبيض ينكسر منه الذكر عند خروجه) ش: وزاد غيره ويتولد منه الولد. قال الأترازي: يرد على هذا التعريف مني المرأة لأن منيها ليس بتلك الصفة فإذن يحتاج إلى التعريف الجامع بين مني الرجل والمرأة جميعا، وقال: فما وجدت فيما عندي من الكتب ولا كتب اللغة يوجد منه إلا أنه ذكر في كتاب الأجناس ناقلا عن المجرد ويقال: المني هو الماء الدافق يكون منه الولد وهذا حسن.

وقوله الماء الدافق احتراز عن الودي والمذي لأنه لا دفق فيهما. وقوله: المني يكون منه الولد، احترازا عن البول وعن ماء من الميزاب.

ثم قال: لا يقال: ماء المرأة ليس بدافق لأنا نقول: لا نسلم لأن الله تعالى أراد بالماء الدافق ماء الرجل والمرأة جميعا حيث قال: ﴿خلق من ماء دافق﴾ [الطارق: ٦] ﴿يخرج من بين الصلب والترائب﴾ [الطارق: ٧] (الطارق: الآية ٧) قلت: هذا كلام عجيب صادر من غير روية. والتعريف الذي فسر المصنف المني به هو مني الرجل ولا يرد عليه، لأن مني كل منهما

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٦٨/١

يعرف بتعريف، فمني الرجل ماء أبيض خاثر رائحته كرائحة الطلع فيه لزوجة ينكسر منه الذكر ويتولد منه الولد، ومني المرأة ماء أصفر رقيق فتعريف أحد الماهتين المختلفتين كيف يورد عليها بتعريف الماهية الأخرى، ثم استحسانه لما ذكر في " المجرد " بأن المني هو الماء الدافق الذي يكون منه الولد غير مساعد له لأن هذا أيضا مني الرجل، والدفق أيضا من صفات مني الرجل، وليس في مني المرأة دفق وقوله تعالى: ﴿من ماء دافق﴾ [الطارق: ٦] (الطارق: الآية ٦) أي مدفوق في رحم المرأة. قال الإمام أبو الليث السمرقندي في "تفسيره " في قوله تعالى: ﴿فلينظر الإنسان مم خلق﴾ [الطارق: ٥] (الطارق: الآية ٥) يعني فليعتبر الإنسان مم خلق، قال بعضهم: نزلت في شأن أبي طالب ويقال في جميع من أنكر البعث ثم بين أول خلقهم كي يعتبروا، فقال: ﴿خلق من ماء دافق﴾ [الطارق: ٦] يعني من ماء مهراق في رحم الأم.

ويقال: دافق يعنى مدفوقا فهذا يدل صريحا على أن الدفق صفة ماء الرجل، جعله الله دافقا ليصل بقوة الدفق إلى قعر الرحم الذي يتولد منه الولد، ولولا الدفق لعقمت النساء الغائرات الأرحام. قال الزمخشري: الدفق صب فيه دفع وهذا لا يوجد إلا في مني الرجل وقوله:." (١)

"وقال الشافعي - رحمه الله - يفسده إلا السمك لما مر، ولنا أنه مات في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دما

ــــــــQ- رحمه الله - يفسده الماء على ما روى المعلى عنه، وفي " المجتبى " عن أبي يوسف - رحمه الله -: إن ماتت حية عظيمة مائية في الماء تفسد، وفي " الحاوي " مات الضفدع في العصير، قال نصر: لا يفسد.

م: (وقال الشافعي - رحمه الله - يفسده) ش: أي يفسد الماء م: (إلا السمك) ش: قال الأترازي: كان ينبغي أن يقول: إلا السمك والجراد لأن حكمهما واحد عندنا، كذا في " وجيزهم "، قلت: مراد المصنف نصب الخلاف ولا يلزم استيفاء الخلاف كله.

وقال النووي: ما يعيش في الماء إن كان مأكولا فميتته طاهر لا شك أنه لا ينجس الماء، وما لا يؤكل كالضفدع وغيره: إذا قلنا: لا يؤكل، فإذا مات في الماء القليل أو مائع قليل أو كثير نجسه، صرح به أصحابنا في طرقهم، وقالوا: لا خلاف فيه إلا لصاحب " الحاوي " فإنه قال في نجاسته قولان، وذكر الروياني في الضفدع وجهان أحدهما: لا نفس له سائلة، فيكون في نجاسة الماء منه قولان، والثاني: لها نفس سائلة فتنجسه قطعا، وهذا الثاني هو المشهور في كتب الأصحاب م: (لما مر) ش: يعني من قوله: لأن التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة. وقال الأكمل: قيل في التعليل إشكال وهو أن الضفدع والسرطان يجوز أكلهما عند الشافعي على ما روي عنه في كتاب الذبائح على ما سيأتي.

والجواب: أن المذكور في كتاب الذبائح عن الشافعي أنه أطلق ذلك كله، فيجوز أن تكون هذه رواية أخرى فيكون الإلزام عليها، قلت: الإشكال للأترازي والجواب للأكمل فلا يرد الإشكال، ولا يحتاج إلى الجواب؛ لأن نسبة جواز أكل السرطان إلى الشافعي - رحمه الله - على ما ذكر في كتاب الذبائح هكذا لا يسلمها أصحابه، فإنهم ذكروا أن هذين مما لا يؤكل كما بينهما عن بعضه عن قريب فلا يرد الإشكال أصلا، ولا يحسن الجواب عنه بقوله: فيجوز أن تكون هذه رواية أخرى

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١/٣٤٩

وهذا من باب التخمين.

م: (ولنا أنه) ش: أي ما يعيش في الماء، م: (مات في معدنه) ش: يعني في مثواه ومقره م: (فلا يعطى له حكم النجاسة) ش: لأنه لو أعطي حكم النجاسة لما في موضعها ومعدنها لما طهر إنسان أبدا لأن في بطنه وعروقه نجاسة، ثم مثل لذلك لقوله: م: (كبيضة حال) ش: أي انقلب م: (محها) شك بضم الميم وتشديد الحاء المهملة أي صفرتها م: (دما) ش: حتى لو صلى وفي كمه تلك البيضة يجوز الصلاة معها؛ لأن النجاسة في معدنها، بخلاف ما لو صلى وفي كمه قارورة فيها دم لا تجوز صلاته، لأن النجاسة ليست في معدنها.." [١]

"أو اختلاف الصحابة - رضي الله عنهم - في نجاسته وطهارته.

ـــــــQأبو داود والنسائي وابن ماجه.

أما الإباحة ففي " سنن أبي داود " من «حديث غالب بن أبجر أصابتنا سنة فلم يكن في مالي شيء أطعم أهلي إلا شيء من حمر، وقد كان النبي - صلى الله عليه وسلم - حرم لحوم الحمر الأهلية فأتيت النبي - صلى الله عليه وسلم - فقلت: يا رسول الله أصابتنا السنة ولم يكن في مالي ما أطعم أهلي إلا سمان حمر وإنك حرمت الحمر الأهلية، فقال: "أطعم أهلك من سمين حمرك فإنما حرمتها من أجل جوال القرية» .

وأشار إلى القسم الثاني بقوله م: (أو اختلاف الصحابة في نجاسته وطهارته) ش: أي في نجاسة سؤر الحمار وطهارته وعطف اختلاف الصحابة على تعارض الأدلة يوهم أن اختلاف الصحابة غير الأدلة وليس كذلك فإن أقوال الصحابة من جملة الأدلة واختلافهم في سؤره هو ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنه - أنه كان يقول: تعلف القت والطين فسؤره طاهر. وروي عن ابن عمر - رضي الله عنه - أنه كان يقول: إنه رجس تعارض القولان فصار سؤر الحمار مشكوكا فيه؛ لأن التوفيق عند تعارض الأدلة واجب، والتعارض يقابل الدليلين والمعارضة المقابلة على سبيل الممانعة وذلك أن يوجب أحد الدليلين الحل والآخر الحرمة أو غير ذلك، ولما كان الأمر في سؤر الحمار وقع كذلك أو وقع الشك فقلنا: إنه لا يطهر النجس ولا ينجس الطاهر.

فإن قلت: ينبغي أن يرجح دليل الحرمة. قلت: الأصل في التعارض الجمع، وقد أمكن كما قلنا، كذا قاله تاج الشريعة، وقال شيخ الإسلام في " مبسوطه ": هذا لا يقوى، لأن لحمه حرام بلا **إشكال**؛ لأنه اجتمع المحرم والمبيح فغلب المحرم عليه كما لو أخبر عدل بأن هذا اللحم ذبيحة مجوسي والآخر أنه ذبيحة مسلم فإنه لا يحل أكله لعلة الحرمة فكان لحمه حراما بلا **إشكال** ولعابه مولد منه فيكون نجسا بلا **إشكال**.

وقال الأكمل: وفيه نظر؛ لأنه مستلزم نجاسة لبنه وقد تقدم من قول المصنف أنه طاهر. **والجواب** بالإلزام فإنه في ظاهر الرواية نجس كما تقدم.

قلت: ما تعرض شيخ الإسلام إلى لبنه حتى يستلزم ما يقوله بنجاسته فالنظر ضعيف فكذلك أجاب بالالتزام. **والجواب**

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١/٣٩٢

الواضح ما قاله شيخ الإسلام أن الأصل في التعارض الجمع إلا إن لم يكن ولم يمكن في اللحم للتضاد وفي السؤر ممكنة بأن يكون واجب الاستعمال عملا بدليل الطهارة، ووجب التيمم عملا بدليل النجاسة.." (١)

"وعن أبي حنيفة – رحمه الله – أنه نجس ترجيحا للحرمة والنجاسة، والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته

ـــــــm: (وعن أبي حنيفة – رحمه الله – أنه نجس) ش: أي روي عن أبي حنيفة – رحمه الله – أن سؤر الحمار نجس رواه عنه وقد ذكرناه مرة م: (ترجيحا للحرمة والنجاسة) ش: ترجيحا نصب على المصدرية تقديره رجح أبو حنيفة – رحمه الله – ترجيحا، ويجوز أن يكون حالا أي حكم أبو حنيفة – رحمه الله – بنجاسة سؤر الحمار حال كونه مرجحا للحرمة لتعارض الأدلة [...] لاختلاف الصحابة – رضي الله عنهم –، ويجوز أن يكون المعنى ترجيحا للحرمة؛ لأن المحرم مرجح للنجاسة، لأنه إذا ترجح المحرم تترجح النجاسة أيضا لامتناع الطهارة مع الحرمة قاله الأكمل، وفيه نظر؛ لأن الطهارة لا تمتنع بالحرمة وكم من طاهر حرام.

وقال الأكمل أيضا في هذا الموضع واستشكل بما إذا أخبر عدل بحل طعام وآخر بحرمته فإنه يترجح خبر الحل كما إذا أخبر عدل بطهارة الماء وآخر بنجاسته ترجح الطهارة.

قلت: هاهنا **إشكالان** أحدهما: لحافظ الدين ذكره في " الكافي " عند قوله والنجاسة، والآخر لصاحب " الدراية " عن شيخه عند قوله للحرمة. **والجواب** عن الأول أن تعارض الخبرين في الطعام يوجب التهاتر والعمل بالأصل وهو الحل، ولا يجوز ترجيح الحرمة بالاحتياط لاستلزامه تكذيب الخبر بالحل عن غير دليل، وأما تعارض أدلة الشرع في حل الطعام وحرمته فيوجب الترجيح بدليل وهو تعليل النسخ الذي هو خلاف الأصل.

والجواب عن الثاني: أن تعارض الخبرين في الماء يوجب التهاتر والعمل بالأصل لوقوع الشك في اختلاط النجاسة، والأصل عدمه فبقي الماء على أصلة وهو الطهارة. أم هاهنا فقد اختلط اللعاب المتولد من اللحم بالماء بيقين. وقد ترجح الحرمة فيه باتفاق الروايات عن أصحابنا وهي مبنية على النجاسة على ما بينا فيجب ترجيح النجاسة بهذا الدليل.

م: (والبغل من نسل الحمار) ش: هذا **جواب** عما يقال قد يثبت حكم سؤر الحمار وما فيه من الأمور المذكورة وما حكم البغل وحكم سؤره في ذلك مع أنك قلت: وسؤر الحمار والبغل مشكوك فيه؟ فأجاب بقوله: والبغل من نسل الحمار م: (فيكون بمنزلته) ش: بمنزلة الحمار في أحكامه. وقال السروجي: فيه نظر، فإن البغل متولد بين الحمار والفرس فعلى قول أبي حنيفة – رحمه الله – لا يحتاج إلى جعله من نسل الحمار بل نسل أيهما كان يحرم، وأما على قوليهما فمشكل، فإن المنظور إليه الأم فإن كانت الأم مأكولة اللحم حل أكل ما تولد منهما، وإن كان الأب غير مأكول اللحم ويدل عليه أن الذئب إذا نزى على شاة فولدت ذئبا حل أكله ويجزئ في الأضحية ذكره صاحب " الكافي " في الأضحية.." (٢)

"والتخيير ينافي الفرضية والوجوب إلا أنا أثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا وبمثله لا تثبت الفرضية والله أعلم.

ـــــــm: (والتخيير ينافي الفرضية والوجوب) ش: أي التخيير الذي يفهم من قوله – عليه السلام – إذا قلت هذا أو

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤٩٢/١

(٢) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤٩٤/١

فعلت هذا فقد تمت صلاتك ينافي بقاء الفرض أو الواجب عليه م: (إلا أنا أثبتنا الوجوب) ش: أي وجوب السلام في آخر الصلاة م: (بما رواه) ش: أي بما رواه الشافعي - رحمه الله تعالى - بالحديث المذكور م: (احتياطا) ش: أي لأجل الاحتياط في ترك العمل به بالكلية فقلنا بوجوب السلام به ولم يقل بفرضيته؛ لأنها تثبت بخبر الواحد، وهو معني قوله م: (وبمثله) ش: أي وبمثل هذا الحديث الذي هو خبر واحد م: (لا تثبت الفرضية) ش: لأن الفرض لا يثبت إلا بدليل قطعي والواجب دون الفرض فيثبت بخبر الواحد، وقد استدل الأترازي في وجوب السلام بقوله: وإنما قلنا بوجوب إصابة لفظ السلام لمواظبة النبي - عليه السلام - ولم يبين وجه استدلال المصنف به - وبحديث ما قاله ما روي «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - صلى الظهر خمسا فلما أخبر - ثنى رجله فسجد سجدتين فقد خرج منها إلى الخامسة لا بتسليم» .

فإن قلت: لم لا تقيس التحليل على التحريم نجعل كليهما فرضا. قلت: لا يصح القياس؛ لأن الذي يقع به التحريم وهو التكبير عبادة خالصة، وثناء محض مخصوص بصيغته ومحله؛ لأنه يؤدى مع استقبال القبلة فصلح فرضا.

وأما السلام فتردد الشارحان [......] صلح ثناء لكن كونه خطابا للقوم أخرجه إلى كلام الناس، وكذلك كان محظورا في محظور في الصلاة، ويؤدى مع الانحراف عن القبلة، وأمره خروج من العبارة، فلما تردد أمره جعله فوق النفل دون الفرض، فكان واجبا، فلم يصح قياسه بالتكبير.

فإن قلت: هاهنا **إشكال** على قول أبي حنيفة يقول الخروج من الصلاة بفعل المصلي فرض، وقد قال المصنف والتخيير ينافيه، فيكف يتم الاستدلال على مذهبه، قلت: قال الكرخي الخروج عنها بفعل المصلي ليس بفرض عنده، إذ لو كان فرضا لاختص بما هو قربة كالخروج من الحج، ولما كان الحدث العمد مخرجا قال شمس الأئمة: والصحيح ما قاله الكرخي، وقول أبي سعيد البردعي وأكثر المشايخ وهو أن الخروج منها بفعل المصلي فرض ليس بمنصوص عن أبي حنيفة - رحمه الله -، **والجواب** على قول أبي سعيد إنما صار فرضا لأداء صلاة أخرى؛ لأن الأداء لا يمكن إلا بالخروج منها، فقال: فرضا لأجل صلاة أخرى لا لأجل هذا الاستدلال على مذهبهما فوق مذهب أبي حنيفة، وأبو حنفية يتمسك في المسألة بحديث الأعرابي حيث علمه النبي - صلى الله عليه وسلم - ولم يذكر لفظ السلام، وبالقياس على التسليم الثاني فإنه ليس بفرض إجماعا.

١ -

فروع: المسبوق يتابع الإمام في التشهد إلى قوله: عبده ورسوله بلا خلاف، وفي الزيادة ذكر." (١)

"ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة،

ـــــــQم: (ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة) ش: أي ولكونه طهارة مطلقة لا يتقدر بقدر الحاجة كالتيمم، ولم يذكر المصنف استدلال أصحابنا بالأخبار فنقول: أصبح محمد - رحمه الله - فيما روي عن علي - رضي الله عنه - أنه قال: لا يؤم المتيمم المتوضئين، ولا المقيد المطلقين، ولم يرو عن أقرانه خلاف ذلك فوجب اتباعه، ولهما «حديث عمرو بن العاص أنه

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/٢٩٠

- صلى الله عليه وسلم - جعله أميرا على سرية فلما انصرفوا سألهم عن سرية فقالوا: كان حسن السرية، ولكنه صلى بنا يوما وهو جنب فسأله النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: احتلمت في ليلة باردة حيث الهلاك إن اغتسلت فقرأت قوله تعالى: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾ [البقرة: ١٩٥] (البقرة: الآية ١٥٩) ، فتيممت وصليت بهم فتبسم النبي - صلى الله عليه وسلم -» -.

وقال مالك: من فقه عمرو بن العاص، ولم يأمرهم بإعادة الصلاة، رواه أبو داود وبغير هذا اللفظ، وقال في آخره: فضحك النبي - صلى الله عليه وسلم - ولم يقل شيئا، ورواه البخاري تعليقا.

والجواب عما روي عن علي - رضي الله عنه - أنه أراد به نفي الفضيلة والكمال بدليل عطف المقيد عليه، وهناك المراد في الفضيلة بالاتفاق، وفي الحقيقة هذا الخلاف بناء على ما ذكر في الأصول، وهو أن التراب خلف عن الماء على قولهما، وعنده التيمم خلف عن الوضوء فيكون المتيمم صاحب الخلف والمتوضئ صاحب الأصل عنده فلا يؤمه، وعندهما لما كان التراب خلفا عن الماء في حصول الطهارة فعند حصول الطهارة كان شرط الصلاة موجودا في حق كل واحد منهما بكماله بمنزلة الماسح يؤم الغاسلين.

فإن قلت: يرد **إشكال** على أصل كل واحد منهما بمسألة انقطاع الرجعة، فإن محمدا جعل التيمم هنا طهارة ضرورية، وفي باب الرجعة طهارة مطلقة حتى تنقطع الرجعة بمجرد التيمم من غير أن تصلي، وهما جعلاه قطعا هاهنا وضرورة هناك حتى قالا: لا تنقطع الرجعة بمجرد التيمم فيلزمه التناقض.

قلت: لا تناقض أصلا فإنهم اتفقوا على أن التيمم طهارة ضرورية؛ لأنه لا يصار إليه إلا عند العجز ومطلقة باتفاقهم؛ لعدم توقيته بوقت غير أن الذي يظن هذا إذا وقف على تعليلهم اندفع ذلك عنه فيما اختارا جهة الضرورة في انقطاع الرجعة إذا انقطع دمها في الحقيقة الثالثة بما دون العشرة، وقالا: لم تنقطع الرجعة الإطلاق في حق الصلاة لدفع الحرج، وفي حق انقطاع الرجعة جهة بمجرد التيمم من غير أن تصلي؛ لأن الشرع لم يذكر كونها طهارة في باب الرجعة وكان المقصود من طهارتها أداء الصلاة فما لم يترتب ما هو المقصود منه لم يكن طهارة بالنسبة إليه، ومحمد - رحمه الله - قد عمل في البابين جميعا بالاحتياط، ففي باب الصلاة القول بعدم." (١)

"وفيها سجدة السهو، وهو الصحيح

ـــــــQإليه هاهنا فلا يندفع **الإشكال** إلا بهذا، ويحمل كلامه على السهو والخطأ فحمل كلامه على هذا الذي قررناه أحسن من حمله على السهو، وفي " النهاية " والأوجه فيه أن يحمل كلامه على رواية الحسن عن أبي حنيفة بأنه يجوز الصلاة بدون القعدة الأخيرة، وذكره في " الأسرار ".

قلت: هذا إنما يتمشى إذا كان المصنف ذهب إليه لظاهر المذهب خلاف ذلك، ويبعد عنه أن يكون هذا مذهبه.

وقال الأكمل: وأجيب بأن المراد بتركها تأخيرها بالقيام إلى الخامسة، فإن في التأخير نوع ترك، وتأخير الركن يوجب السجدة.

قلت: هذا **جواب** بعضهم نقله صاحب " النهاية "، ونقل عنه الأكمل ثم ينظر فيه بما حاصله أنه أراد حقيقة الترك في

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/٣٥٩

غيرها، ولو أريد به التأخير فيها لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز، وهذا النظر أيضا لغيره، ومع هذا فلقائل أن يقول بجواز الجمع بينهما عند اختلاف المحل عند بعضهم فافهم.

الجواب عن الثاني: أن قراءة التشهد في القعدة الأولى فيها اختلاف، هل هي سنة أم واجبة، فالمصنف وإن كان يراها سنة وإنما ذكر أنها هاهنا واجبة على قول من يذهب إلى الوجوب.

وعن الثالث: أن المستحيل اجتماعها مرادين وهو مما يعارض للإرادة، إلا أن يقول القرء يحتمل الحيض والطهر وهو **الجواب** عن الرابع.

م: (وفيها سجدة) ش: أي في ترك قراءة الفاتحة والقنوت والتشهد وتكبيرات العيدين م: (سجدة السهو وهو الصحيح) ش: أي وجوب سجدتي السهو في هذه الأشياء هو الصحيح، واحترز به عن **جواب** القياس في هذه الأشياء حيث لا يجب فيها شيء، كما لو ترك الثناء والتعوذ.

وقال الأكمل: قوله وهو الصحيح احترازا عما قبل قراءة التشهد في القعدة الأولى سنة، وقال الأترازي: إنما قيد بالصحيح احترازا عما قال القاضي الإمام أبو جعفر الأسروشني - رحمه الله -، إن قراءة التشهد في القعدة الأولى سنة.

وقال صاحب " الدراية ": هو الصحيح احترازا عن **جواب** القياس في التشهد، وكذا قال السغناقي ثم قال ولكن **جواب** الاستحسان أنه واجب.

قلت: الكل متفقون على ما ليس بمراد المصنف، فالأوجه الاستدلال الذي ذكرته على ما لا يخفى على المصنف.

وفي " المحيط " قال الكرخي والطحاوي وبعض المتأخرين: القعدة الأولى واجبة وقراءة." (١)

"ولأن هذه الأشياء للزينة، وقد استغنى الميت عنها.

وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته، وصار كالختان

ـــــــQقلت: قال ابن الصلاح: بحثت عنه فلم أجده ثابتا. وقال أبو حامد في كتاب السواك: هذا الحديث غير معروف.

م: (ولأن هذه الأشياء للزينة، وقد استغنى الميت عنها) ش: لأنه فارقها وفارق أهلها، ولأن من حكم الميت أن يدفن بجميع أجزائه، فلا معنى لفصل بعض أجزائه ثم دفنه معه

م: (وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته) ش: قال صاحب " الدراية ". هذا **جواب** قول الشافعي أنه تنظيف له كالحي.

وقال السغناقي: هذا **جواب** **إشكال**، أي لا يشكل علينا الحي، حيث يسرح شعره ويقص ظفره، لأنه يخرج إلى الزينة، ولا يعتبر في حقه زوال الجزء، بخلاف الميت فإنه لا يسن فيه إزالة الجزء.

قلت: الذي ذكره السغناقي هو الصواب، لأن خلاف الشافعي لم يذكر في الكتاب حتى يجاب عنه، والضمير في كان يرجع إلى كل واحد من قص الظفر والشعر، وكذلك الضمير في قوله تحته، أي تحت كل واحد من قص الظفر والشعر.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢/٦١٣

قلت: هذا ليس معنى هذا التركيب، وهو ظاهر، فإذا علم مرجع الضمير في صار يحل التركيب كما ينبغي، والضمير يرجع إلى مقدر تقديره وصار الفرق أو الحكم بين الميت والحي في إزالة الجزء من حيث إنه لا يعتبر في حق الحي، لأنه يحتاج إلى الزينة، كما في الختان، ويعتبر في حق الميت فلا يسن في حقه إزالة الجزء، كما في الختان فإنه لا يختن بالاتفاق.

فروع: يغسل الرجال الرجال، والنساء النساء، إلا أن يكون الميت صغيرا لا يشتهى، أو صغيرة لا تشتهى فلا بأس أن يغسلها الرجال والنساء.

وقال ابن المنذر حكاية عنه تغتسل المرأة الصغير ما لم يتكلم، والرجل الصغيرة ما لم تتكلم.

قلت: ذكره في " المبسوط " والصحيح الأول. وقال الحسن: يغسله النساء إذا كان فطيما أو فوقه بشيء يسير. وقال الأوزاعي وإسحاق: إذا كان ابن أربع أو خمس.

وقال مالك وأحمد: ابن سبع، وهو قريب من قول أصحابنا، وكذا الجارية في حق الرجل وفيمن قال تغسل المراة الصغيرة، ويغسل الرجل الصغيرة الحسن وابن سيرين والأوزاعي وأحمد وإسحاق - رحمهم الله -، ونقل ابن المنذر في كتاب " الإجماع " ....]

....] الإجماع." (١)

"فعليه العشر، معناه إذا سقاه بماء العشر، أما إذا كانت تسقى بماء الخراج ففيها الخراج، لأن المؤنة في هذا تدور مع الماء وليس على المجوسي في داره شيء، لأن عمر - رضي الله عنه - جعل المساكن عفوا

ـــــــQش: البستان كل أرض يحوطها حائط، وفيها نخيل متفرقة وأشجار م: (فعليه العشر معناه إذا سقاه بماء العشر، وأما إذا كانت تسقى بماء الخراج) ش: كأنهار الأعاجم م: (ففيها الخراج لأن المؤنة) ش: أي الكلفة م: (في مثل هذا تدور مع الماء) .

ش: لأن النماء يحصل به. قال الإمام الزاهد العتابي: هذا مشكل لأن هذا إيجاب الخراج على المسلم ابتداء، وذكر الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي في " الجامع الصغير ": أن عليه العشر بكل حال وهو الأظهر، فإن سقاه مرة من ماء العشر ومرة من ماء الخراج ففيه العشر، لأنه أحق بالعشر من الخراج وإن سقى بسيحون أو جيحون أو دجلة أو الفرات فعند أبي يوسف - رحمه الله - خراجي، وعند محمد - رحمه الله - عشري.

وقال الأترازي: الجواب عن الإشكال المذكور أن وضع الخراج على المسلم ابتداء بطريق الجبر لا يجوز، أما إذا كان اختاره المسلم فيجوز ذلك، وقد اختاره حيث سقاه بماء الخراج، ألا ترى أن المسلم إذا أحيا أرضا ميتة بإذن الإمام وسقاها بماء الخراج يجب عليه الخراج، كذا هذا.

قلت: هذا الجواب ليس لشمس الأئمة.

م: (وليس على المجوسي في داره شيء) ش: إنما خص المجوسي بالذكر، وإن كان الحكم في اليهودي، والنصراني كذلك، لأن المجوسي أبعد عن الإسلام بسبب حرمة نكاح نسائهم وذبائحهم، فإذا لم يجب في دار المجوسي والحالة هذه فأولى أن لا

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣/١٩٠

يجب في دارهما كذا في " الفوائد الظهيرية " م: (لأن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - جعل المساكن عفوا) ش: هذا غريب، لكن ذكر أبو عبيد في "كتاب الأموال " أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - جعل الخراج على الأرضين التي تعمل من ذوات الحب الثمار التي تصلح للغلة وعطل من ذلك المساكن والدور التي هي منازلهم، ولم يجعل فيها شيئا ذكره بغير سند.

وقال شيخ الإسلام - رحمه الله -: إنما خص المجوسي بالذكر، لأنه قيل لعمر بن الخطاب - رضي الله عنه - إن المجوسي كثير بالسواء، فقال: أعياني أمراء المجوس وفي القوم عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - فقال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم» فلما سمع عمر - رضي الله عنه - بذلك أمر عماله، أن تمسح أراضيهم ويوظفوا عليها الخراج بقدر الطاقة، وعفا عن رقاب دورهم وعن رقاب الأشجار فيها فلما ثبت العفو في حقهم مع كونهم أبعد عن الإسلام ثبت في حقهما بالطريق الأولى.." (١)

"ولأنها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة، وتزداد بانضمام غيرها إليها

ـــــــQوروى الطبراني من حديث أبي أمامة الباهلي، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «لا يحل لامرأة أن تحج إلا مع زوجها أو محرم» ، وأخرج البخاري ومسلم عن نافع عن ابن عمر عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا تسافر امرأة ثلاثا إلا ومعها زوج أو ذو محرم» وأخرجا عن أبي هريرة مرفوعا: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله، واليوم الآخر أن تسافر يومين إلا ومعها زوجها أو ذو محرم منها» وفي لفظ لمسلم: " ثلاثا "، وفي لفظ له: " فوق ثلاث "، وفي لفظ له: " ثلاثة أيام فصاعدا "، وأخرجا عن ابن عباس - رضي الله عنهما - مرفوعا: «لا تسافر المرأة إلا مع ذي محرم» ولم يوقت فيه شيئا.

وقال المنذري: ليس في هذه الروايات تباين، ولا اختلاف، فإنه يحتمل أن يكون النبي - صلى الله عليه وسلم - قالها في مواطن مختلفة بحسب الأسئلة، ويحتمل أن يكون ذلك كله تمثيلا لأقل الأعداد، واليوم الواحد أول العدد، وأقله الاثنان أول الكثير، والثلاث أول الجمع، وكأنه أشار أن مثل هذا في كل الزمن لا يحل لها السفر فيه مع غير محرم، فكيف بما زاد؟ وقد أورد الأترازي بحديث أبي هريرة المذكور سؤالا وهو: أنه يدل على أن خروجها إلى السفر بغير محرم لا يجوز، ثم أجاب بما تلخيصه بأن الأحاديث إن كانت مؤخرة التزمه نسخ ما دون الثلاث، وإن كانت مقدمة يبقى العمل أيضا إلى آخر ما ذكر.

قلت: دعوى النسخ لا تصح لعدم العلم بالتاريخ، والجواب ما ذكرناه.

م: (ولأنها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة، وتزداد بانضمام غيرها إليها) ش: فإن المبتوتة إذا اعتدت في بيت الزوج بحيلولة جاز لم يكن انضمامها إليها فتنة، أجيب بأن انضمام المرأة إليها يعينها على ما يراد بمباشرتها وتعليمها ما عسى تعجز عنه بفكرها، وإنما لم يكن في المعتدة كذلك؛ لأن الإقامة موضع أمن، وقدرة على دفع الفتنة.

وقال الأكمل: وفيه نظر؛ لأن مثلها لا يعد ثقة، والكلام فيها؛ ولأن جواب المسند يناقض جواب المنع، والأولى أن يقال:

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣/٤٣٦

من ناقصات دين وعقل لا يؤمن أن تنخدع فيكون عليها في الإفساد، ويتوسط في التطمين، والتمكين فتعجز عن دفعها في السفر، وهذا المعنى معدوم في الحضر لإمكان الاستعانة.

وأورد الكاكي **إشكالا** في قوله: يخاف عليها أي الفتنة، وهو أنه يشكل على هذا سفر المهاجرة؛ لأن لها الهجرة من دار الحرب إلى دار الإسلام بغير محرم، مع أن الهجرة ليست من أركان الدين والحج منها، فينبغي أن يجوز لها الحج بغير محرم بالطريق الأولى.

قلت: قد مر **جوابه** عن قريب مختصرا، ونعيده هنا فنقول: المهاجرة لا [....] السفر، ولكنها تقصد النجاة، ألا ترى أنها إذا وصلت إلى حي من المسلمين من دار الحرب صارت آمنة ليس لها بعد ذلك أن تسافر بغير محرم؛ ولأنها مضطرة هناك لخوفها على نفسها، ألا ترى أن." (١)

"والأقيسة متعارضة

ـــــــQوروى الدارقطني بإسناده عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : «ولي العقدة الزوج» " وقال علقمة، والحسن، وعطاء، وعكرمة وأبو الزياد: هو الولي، وقال مالك: والأب وحده في حق البكر، وهو قول الشافعي في القديم، والجد والأب فيه، وفي " المغني " وهو قول أحمد في القديم: في حق الأب خاصة بخمس شرائط: أن يكون الذي بيده عقدة النكاح أبا، وأن تكون صغيرة، وأن تكون بكرا، وأن تكون مطلقة، ولا يجوز عفو الأب في الطلاق، وأن يكون قبل الدخول.

وفي " المبسوط ": في القديم يجوز بأربع شرائط.

الأولى: في حق المجبر كالأب والجد.

الثانية: أن تكون ممن لا تملك أمر نفسها.

الثالثة: أن يكون بعد الطلاق.

الرابعة: أن يكون دينا لا عينا.

وقال أبو محمد: لا فرق بين الدين والعين. م: (والأقيسة متعارضة) ش: الأقيسة جمع قياس وهو معروف، هذا **جواب إشكال**، وهو أن يقال: ينبغي أن يسقط الكل لأن الطلاق قبل الدخول بعود المعقود عليه، وهو البضع إليها سالما، فينبغي أن يسقط كل البدل، كما إذا تبايعا ثم تقايلا. فأجاب عنه بقول: والأقيسة متعارضة، يعني هذا القياس يقتضي هكذا، لكن هذا قياس آخر يقتضي وجوب كل المهر، وهو أن الطلاق قاطع بملك النكاح فيه في وجوب كل المهر لأنه فوت ما ملكه باختياره، وذلك يقتضي وجوب كل المهر كالمشتري إذا تلف البيع قبل القبض، فإذا تعارض القياسان وجب المصير إلى النص، فقلنا باستقرار نصف المهر وسقوط نصفه. واعترض عليه بشيئين: أحدهما: أنه ليس هنا إلا قياسان، ولا ثالث لهما. والآخر: أن ظاهر كلامه يدل على أن الرجوع إلى النص إنما كان لتعارض القياسين وليس الأمر كذلك فإنه لا اعتبار بالقياس مع وجود وافق وخالف. أما إن خالف فهو متروك مردود، وأما إذا وافق فإن الحكم بالنص ثابت عندنا بعين النص

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٥١/٤

لا بالعلة، ومنهم من قال: إنا نعمل بالقياسين ثبوتا وسقوطا، فالقياس المقتضي لوجوب الكل يعمل به في إيجاب الصرف، والقياس الذي يقتضي إسقاط الكل يعمل به في إسقاط النصف عملا بهما، وهو مقتضى النص. وذكر في " الحواشي ": العمل بالقياس في معرضة النص المخصوص جائز، وهذا النص قد خص منه الطلاق قبل الدخول بعد." [١]

"وقد سمى لها مهرا، وقال الشافعي - رحمه الله -: تجب لكل مطلقة إلا لهذه؛ لأنها وجبت صلة من الزوج؛ لأنه

ـــــــخان ": فإن ماتت الأم قبل أن يدخل بها فابنتها له حلال.

[استحباب المتعة لكل مطلقة]

م: (قال) ش: القدوري: م: (وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا مطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها، وقد سمى لها مهرا) ش: صدر الكلام يدل على عموم استحباب المتعة لكل مطلقة، لأن لفظ كل إذا أضيف إلى النكرة يقتضي عموم الإفراد، ثم استثنى منه هذه المطلقة المذكورة، قال صاحب " المنافع ": وقع الاشتباه هنا في الاستثناء في صدر الكلام، أما الاستثناء فإنه ذكر في " المبسوط " والحق أن المتعة تستحب للتي طلقها قبل الدخول، وقد سمى لها مهرا، فتعذر الاستثناء على هذا.

وأما صدر الكلام فإن المتعة واجبة للتي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا، قال: **والجواب** أن المتعة في المستثنية ليست بمستحبة عند القدوري، فقد ذكر في شرحه أن المتعة واجبة ومستحبة، فالواجبة للتي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا، والمستحبة لكل مطلقة إلا التي طلقها قبل الدخول، وقد سمى لها مهرا، والمراد من قوله: لكل مطلقة غير التي يجب لها المتعة؛ لأنه بين حكم هذه قبل هذا.

وقال الأترازي: معنى كلام القدوري: تستحب المتعة لكل مطلقة سوى التي تقدم ذكرها، وهي التي طلقها قبل الدخول، وقبل التسمية، فإن متعتها واجبة إلا لمطلقة واحدة، وهي التي طلقها قبل الدخول بعد التسمية، فإن متعتها ليست بواجبة ولا مستحبة حكما للطلاق، ولو كان مستحبا لكان لمعنى آخر كما في قوله في صلاة الفطر: ولا يكبر في طريق المصلى عند أبي حنيفة - رضي الله تعالى عنه -، أي حكما للعيد، ولكن لو كبر لأنه ذكر الله تعالى يجوز ويستحب، وهذا اختيار صاحب " الهداية "، وعلى رواية صاحب " المختلف " وغيره أن المتعة المستثناة أيضا مستحبة، فلا يصح الاستثناء على روايتهم.

وقال " صاحب الكافي ": قوله: - تستحب المتعة ... إلى آخره - يريد به المطلقة بعد الدخول في نكاح فيه تسمية أولا، والمطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية إلا المفوضة، فإنه يجب فيها.

وقال الكاكي: إنه ورد **الإشكال** في الاستثناء وصدر الكلام المذكورين، ثم أجاب عن الأول: بأن المصنف اتبع القدوري، فذكر ما ذكرناه، ثم قال لأن من نفى الاستحباب أراد به الاستحباب الناشئ من دفع وحشة الفراق، وهو معدوم في

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/١٤٠

المستثنى، وظهرت المخالفة بين المستثنى والمستثنى منه من هذا الوجه.

وعن الثاني بأنه أجرى لفظ الاستحباب على العموم، وأراد به حقيقة في البعض، وهي." (١)

"يبقى شيء، وهو أن كلمة " مع " للقران، قلنا قد تذكر للتأخر كما في قوله تعالى: ﴿فإن مع العسر يسرا﴾ [الشرح: ٥] ﴿إن مع العسر يسرا﴾ [الشرح: ٦] الشرح الآية: ٦ فحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط.

ولو قال: إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين، وقال المولى: إذا جاء غد فأنت حرة، فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره

ـــــــفإن قلت: كيف سمى المصنف إضافة الطلاق إلى زمان الإعتاق تعليقا، والمعلق غير مضاف. قلت: أجيب: بأنه سماها تعليقا مجازا لا حقيقة، لأن التعليق توقيف الأمر على أمر بحرف الشرط، فلما وجد توقف الطلاق على العتاق سماه تعليقا، وإن لم يذكر لحوق الشرط فصار كأنه قال أنت طالق إن أعتق مولاك.

م: (يبقى شيء) ش: أي **إشكالا** م: (وهو أن كلمة " مع " للقران) ش: عند أرباب اللسان، حاصل هذا أنه اعتذار عما ورد على كلامه، حيث قال يكون الطلاق متأخرا عن العتق فورد عليه بأن قال لا نسلم أنه متأخر عنه، لأن كلمة مع للقران والصحبة، فقال: سلمنا ذلك لكن م: (قلنا: قد تذكر) ش: أي لفظ مع م: (للتأخر) ش: مجازا، م: (كما في قوله تعالى: ﴿فإن مع العسر يسرا﴾ [الشرح: ٥] ﴿إن مع العسر يسرا﴾ [الشرح: ٦] ش: (الشرح: ٥، ٦) ، لأنه لا يمكن المعية بين العسر واليسر للتضاد بينهما، فيحمل على التأخير، وتحقيقه أن كلمة مع قد تذكر للاقتران في زمان الوجود، وقد تذكر للاقتران في أصل الوجود كما في قوله تعالى: ﴿وأسلمت مع سليمان﴾ [النمل: ٤٤] (النمل: ٤٤) ، وكما في قوله تعالى: ﴿إن مع العسر يسرا﴾ [الشرح: ٦] (الشرح: ٦) ، فلو كان المراد هو الأول يحرم حرمة غليظة، ولو كان المراد هو الثاني لا يحرم، والحرمة الغليظة لم تكن ثابتة فلا يثبت بالشك والاحتمال.

فإن قيل: ينقض هذا بما ذكر في " الجامع " بقوله لامرأته أنت طالق مع نكاحك، حيث لم يصح ولم يصر معنى الشرط، فينبغي أن يكون كذلك، كما في قوله مع عتق مولاك - إلى آخره - بأن العدول عن حقيقة معنى القران باعتبار أنه ملك للتطليق تخييرا تعليقا، فكان من ضرورة كلامه أن يحمل على معنى الشرط، أما هاهنا لم يملك الطلاق، والطلاق مع النكاح متنافيان، فلا يلزم العدول عن معنى القران، فيلغو ضرورة.

وقال الكاكي: وهذا **الجواب** لم يتضح لي لأنه تمليك بتعليق الطلاق بالنكاح، فيمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط فينبغي أن يحمل عليه.

م: (فيحمل عليه) ش: أي إذا كان الأمر كذلك فيحمل لفظ مع على التأخر، كما في الآية الكريمة م: (بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط) ش: لضرورة تصحيح الكلام.

[قال الرجل لامرأته الأمة إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين]

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/١٥٤

م: (ولو قال: إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين) ش: أي ولو قال الرجل لامرأته الأمة إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين م: (وقال المولى: إذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره." (١)

"وكأم الأبوين ترث، لأنها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا أو في العقبى، ولا رضاء مع الاضطرار. وأما إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض، إن كان الفعل مما لها منه بد، فلا **إشكال** أنه لا ميراث لها، وإن كان مما لا بد لها منه، فكذلك **الجواب** عند محمد - رحمه الله - وهو قول زفر، لأنه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - ترث، لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه، كأنها آلة له كما في الإكراه.

قال: وإذا طلقها ثلاثا وهو مريض، ثم صح، ثم مات لم ترث، وقال زفر - رحمه الله -: ترث لأنه قصد الفرار حين أوقع الطلاق في المرض، وقد مات وهي في العدة، ولكنا نقول المرض إذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة، لأنه ينعدم به مرض.

ـــــــم: (وكأم الأبوين ترث، لأنها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا) ش: كالأكل، فإن لم تأكل تخاف على نفسها الهلاك في الدنيا م: (أو في العقبى) ش: أي العقوبة في الآخرة م: (ولا رضاء مع الاضطرار، وأما إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض، إن كان الفعل مما لها منه بد فلا **إشكال** أنه) ش: أي أن الشأن م: (لا ميراث لها وإن كان مما لا بد لها منه فكذلك **الجواب** عند محمد - رحمه الله -) ش: أي لا ميراث لها م: (وهو قول زفر) ش: أي قول محمد - رحمه الله - قول زفر أيضا.

م: (لأنه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - ترث، لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة) ش: أي إلى جعل فعلها الذي لا بد لها منه علة لإسقاط حقها م: (فينتقل الفعل إليه) ش: أي كأن المرأة م: (آلة له كما في الإكراه) ش: يعني إذا أكره زيد عمرا على إتلاف مال الغير فأتلفه عمرو يضمن زيد، لأن المكره بفتح الراء صار كأنه آلة للمكره بكسر الراء، فانتقل فعل المكره إلى المكره، فكذا فيما نحن فيه، فلما كانت المرأة مضطرة انتقل فعلها إلى الزوج، فصار كأنه فعل الشرط في مرض موته فورثت لكونه فارا.

[طلق الرجل امرأته ثلاث تطليقات والحال أنه مريض]

م: (قال) ش: أي قال محمد في " الجامع الصغير ": وليس في كثير من النسخ لفظ قال: م: (وإذا طلقها ثلاثا وهو مريض) ش: أي وإذا طلق الرجل امرأته ثلاث تطليقات، والحال أنه مريض م: (ثم صح، ثم مات لم ترث، وقال زفر - رحمه الله -: ترث) ش: ولم يذكر في " الجامع الصغير " خلافا زفر، وكذا لم يذكر في الأصل، ولا ذكره الحاكم في مختصره، وإنما ذكره شمس الأئمة السرخسي في " شرح المختصر "، وبقول زفر قال الثوري والزهري والأوزاعي وأحمد وإسحاق بن راهويه. ودليل زفر هو قوله م: (لأنه) ش: أي لأن الزوج م: (قصد الفرار حين أوقع الطلاق في المرض وقد مات) ش: والحال أنه قد مات

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/٣٣٨

م: (وهي في العدة) ش: ولا يعتبر البرء المتخلل، فكأنه لم يبرأ بين الطلاق والموت م: (ولكنا نقول: المرض إذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة، لأنه ينعدم به مرض." (١)

"بقي؛ لأنه لا يضره التبعيض، والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة؛ لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك، وهذا إذا كان بعد القبض، أما لو كان ذلك قبل القبض له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام. وإن كان ثوبا فله الخيار لأن التشقيص فيه عيب، وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق، بخلاف المكيل والموزون.

ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها أو كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضاء؛ لأن ذلك دليل قصده الاستيفاء، بخلاف خيار الشرط، لأن الخيار هناك للاختبار، وأنه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا.

ـــــــــــبقي لأنه لا يضره التبعيض) ش: والشركة في المكيلات والموزونات لا تعد عيبا باعتبار أن التبعيض لا يضرهما بعد القبض لتمام الصفقة م: (والاستحقاق) ش: **جواب إشكال**، وهو أن يقال: ينبغي أن يكون له الخيار في رد ما بقي في صورة الاستحقاق كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وتقرير **الجواب** أنه لا يلزم ذلك لأنه لو لزم ذلك الملزوم بطريق الاستحقاق والاستحقاق م: (لا يمنع تمام الصفقة، لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك) ش: لأن العقد حق المعاقد، وتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك، ولهذا قلنا في الصرف والسلم إذا جاء المستحق بعد ما افترقا بقي العقد صحيحا فعلم أن تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك.

م: (وهذا) ش: أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد م: (إذا كان بعد القبض، أما لو كان ذلك قبل القبض له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام) ش: لأن تمام الصفقة يحتاج إلى رضا العاقد، وقبض المبيع وانتفاء أحدهما يوجب عدم تمامها.

م: (وإن كان ثوبا) ش: أي وإن كان المستحق ثوبا م: (فله الخيار؛ لأن التشقيص فيه) ش: أي في الثوب م: (عيب) ش: عرفا م: (وقد كان) ش: أي التشقيص م: (وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق) ش: يعني أن عيب الشركة فيه لم يحدث في يد المشتري حتى يمنع الرد الذي كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق، فلا يكون مانعا م: (بخلاف المكيل والموزون) ش: فإن التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر.

م: (ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها أو كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا؛ لأن ذلك دليل قصده الاستيفاء) ش: وإمساك العين الأصل في هذه المسائل أن تصرف المشتري بشيء يدل على الرضا بعد العلم بالعيب يمنع الرد والأرش نحو العرض على البيع والإجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والرهن والكتابة والاستخدام مرة ثانية لأنه صار راضيا بالعيب م: (بخلاف خيار الشرط؛ لأن الخيار هناك) ش: أي في خيار الشرط م: (للاختيار، وأنه) ش: أي وأن الاختيار

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٥/٤٥١

يكون م: (بالاستعمال، فلا يكون الركوب مسقطا) ش: للخيار لكون الركوب في شرط الخيار للامتحان فيكون مقصودا من الخيار.." (١)

"ولهما أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما، إذ لا ولاية للغير عليهما، فتبطل باصطلاحهما

وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين، ولا يعود وزنيا؛ لبقاء الاصطلاح على العد، إذ في نقضه في حق العد فساد العقد، فصار كالجوزة بالجوزتين، بخلاف النقود لأنها للثمنية خلقة، وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما لأنه كالئ بكالئ وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عنه،

ـــــــــــــــــــــــــــــ جنسها، كما إذا اشترى ثوبا بالفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة م: (ولهما) ش: أي لأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله- م: (أن الثمنية) ش: في الفلوس م: (في حقهما تثبت باصطلاحهما) ش: لا باصطلاح الناس م: (إذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل) ش: أي الثمنية م: (باصطلاحهما) ش: يعني إذا ثبت الثمنية في حقهما باصطلاحهما كان لهما أن ينقضا ذلك الاصطلاح باصطلاح آخر.

[بيع الجوزة بالجوزتين]

م: (وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين) ش: لأنه عاد مثمنا كما كان م: (ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح) ش: أي اصطلاحهما م: (على العد) ش: تصحيحا لتصرفهما.

وقال الكاكي - رحمه الله -: قوله: ولا يعود وزنيا **جواب** **لإشكال** ذكره في " المبسوط " فقال: فإن قيل: تحت هذا الكلام فساد عظيم، فإنه إذا خرج عن أن يكون ثمنا في حقهما كان هذا قطعة صفر بقطعتي صفر وذلك لا يجوز في الوزني مجازفة فلم يكن في إبطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد، قلنا: الاصطلاح في الفلوس كان على صفة الثمنية والعد، وهما أعرضا في هذه المبالغة عن اعتبار صفة الثمنية وما أعرضا عن اعتبار صفة العد فيها. وليس من ضرورة خروجها من أن يكون بينهما في حقهما خروجهما من أن يكون عدديا كالجوز والبيض فإنه عددي وليس بثمني.

ثم إن المصنف استدل على بقاء اصطلاحهما في حق العد بقوله م: (إذ في نقضه) ش: أي في نقض الاصطلاح م: (في حق العد فساد العقد) ش: والحال أنهما قصدا صحة العد ولا صحة إلا بقاء العد م: (فصار كالجوزة بالجوزتين) ش: هذا بيان لانفكاك العددية عن الثمنية.

وبيع الجوزة بالجوزتين يجوز لانعدام المعيار فلا ربا فيه م: (بخلاف النقود) ش: **جواب** عن قول محمد - رحمه الله - كبيع الدرهم بالدرهمين م: (لأنها) ش: أي لأن النقود م: (للثمنية خلقة) ش: أي من حيث الخلقة لا من حيث الاصطلاح فلا تبطل الثمنية باصطلاحهما م: (وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما) ش: **جواب** عما قال محمد - رحمه الله - كما إذا كان بغير أعيانهما فإن ذلك لم يجز.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٨/١٣٠

م: (لأنه كالئ بكالئ) ش: أي لأن هذا العقد نسيئة بنسيئة، وهو منهي عنه، وهو معنى قوله م: (وقد نهى النبي – صلى الله عليه وسلم – عنه) ش: هذا رواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه والبزار –." (١)

"وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك، فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه، وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم، فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه، فلا يعتبر.

ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز؛ لأن البسر تمر، بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد؛ لأنه ليس بتمر، فإن هذا الاسم له من أول ما تنعقد صورته لا قبله، والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة. قال: ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم، فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير، لأن عند ذلك

ـــــــQالجفاف، فوجد التغيير في المعقود عليه فلا يجوز م: (وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما) ش: أي أحد البدلين م: (على ذلك) ش: أي على اسم التمر م: (فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه) ش: فيكون مفسدا للعقد م: (وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم) ش: أي اسم الرطب على البدلين م: (فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر) ش: فيصح العقد.

م: (ولو باع البسر بالتمر متفاضلا) ش: ومتماثلا م: (لا يجوز لأن البسر تمر) ش: لأن التمر اسم لثمرة النخل من أول ما ينعقد، صورتها وبيعه به متساويا من حيث الكيل يدا بيد جاز بالإجماع م: (بخلاف الكفرى، حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد) ش: أي الكيلان من التمر بكيل من الكفرى وبالعكس يدا بيد.

" الكفرى " بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصور، وهو اسم نوع من الطلع. وفي " المغرب ": وهو كم النخل أول ما يشق م: (لأنه) ش: أي لأن الكفرى م: (ليس بتمر، فإن هذا الاسم له) ش: أي التمر م: (من أول ما تنعقد صورته) ش: يعني التمر اسم لما يخرج من النخل من حين ينعقد، صورته إلى أن يدرك م: (لا قبله) ش: أي لا قبل الكفرى؛ لأنه يسبق، واشتقاقه من الكفر وهو الستر، سمي به لأنه يستر ما في جوفه من التمر، ويسمى كافرا وكفرا أيضا.

م: (والكفرى عددي متفاوت) ش: فهذا جواب إشكال يرد على قوله: إنه ليس بتمر فإنه إذا لم يكن تمرا ينبغي أن يجوز إسلام التمر في الكفرى. فأجاب بقوله: والكفرى عددي متفاوت في الصغر والكبر، فلا يجوز ثم أوضح ذلك بقوله م: (حتى لو باع التمر به) ش: أي الكفرى م: (نسيئة) ش: أي إلى أجل م: (لا يجوز للجهالة) ش: لتفاوت آحاده؛ لأنه عددي متفاوت.

م: (قال) ش: أي القدوري في "مختصره " م: (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت، والسمسم) ش: وبيع السمسم م: (بالشيرج حتى يكون الزيت) ش: في بيع الزيتون به م: (والشيرج) ش: أي ويكون بالشيرج في بيع السمسم به م: (أكثر مما في الزيتون) ش: في بيعه بالزيت م: (والسمسم) ش: في بيعه بالشيرج م: (فيكون الدهن بمثله) ش: أي بمثل الدهن، بيانه أن الدهن

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٨/٢٨١

الخالص إذا كان أكثره من الدهن الخالص بمقابلة الثجير، وهو النقل م: (والزيادة بالثجير؛ لأن عند ذلك) ش: أي عند." (١)

"بخلاف الرهن؛ فإنه ليس بمعاوضة، بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف، والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال، فلا يجعل الآمر به ضامنا للسلامة. وبخلاف الأجنبي لأنه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور. ونظير مسألتنا قول المولى: بايعوا عبدي هذا فإني قد أذنت له، ثم ظهر الاستحقاق فإنهم يرجعون عليه بقيمته. ثم في وضع المسألة ضرب **إشكال** على قول أبي حنيفة، لأن الدعوى شرط في حرية العبد عنده، والتناقض يفسد الدعوى،

ـــــQم: (بخلاف الرهن فإنه ليس بمعاوضة) ش: وهو ظاهر م: (بل هو) ش: أي الرهن م: (وثيقة لاستيفاء عين حقه) ش: من غير عوض م: (حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال) ش: حتى إذا هلك يقع الاستيفاء. ولو كان معاوضة لكان استبدالا برأس مال السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام، وكذا في بدل الصرف فلم يكن هذا غرورا في عقد المعاوضة، فلا ينتهض سببا للضمان، ولهذا قلنا: لو سأل رجل غيره عن أمن الطريق فقال: له اسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فسلب اللصوص أمواله لا يضمن المخبر بشيء؛ لأنه غرور فيما ليس بمعاوضة.

وكذا لو قال: كل هذا الطعام فإنه غير مسموم فأكل ثم ظهر بخلافه لا يضمن أيضا م: (فلا يجعل الآمر به) ش: يعني إذا لم يكن معاوضة لم يجعل الآمر به م: (ضامنا للسلامة) ش: فلا يجب عليه شيء.

م: (وبخلاف الأجنبي) ش: عطف على قوله: بخلاف الرهن، يعني إخبار الأجنبي بكونه عبدا لا يفضي إلى البيع م: (لأنه) ش: أي لأن الأجنبي م: (لا يعبأ) ش: أي لا يبالي م: (بقوله) ش: لعدم الاعتماد على قوله م: (فلا يتحقق الغرور) ش: بقوله لعدم الاكتراث به.

م: (ونظير مسألتنا) ش: وهي أن الغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض جعل سببا للضمان نظير م: (قول المولى) ش: للناس من أهل السوق م: (بايعوا عبدي هذا فإني قد أذنت له) ش: في التجارة، فبايعوه ولحقه ديون م: (ثم ظهر الاستحقاق) ش: أي ثم ظهر أنه حر م: (فإنهم) ش: أي فإن الذي بايعوه م: (يرجعون عليه) ش: أي على المولى بديونهم م: (بقيمته) ش: أي بقدر قيمته بحكم الغرور م: (ثم في وضع المسألة) ش: بقوله فإذا هو حر م: (ضرب **إشكال** على قول أبي حنيفة؛ لأن الدعوى شرط في حرية العبد عنده) ش: أي عند أبي حنيفة.

وقوله: أنا حر بعد قوله: أنا عبد متناقض م: (والتناقض يفسد الدعوى) ش: فيكف تثبت الحرية.

وأجابوا عنه **بجوابين**.." (٢)

"فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف. وإن بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس إلى خلاف الجنس، وهي في حكم شيئين فضة وصفر، ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين، وإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر؛ لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر. قال: ومشايخنا - رحمهم الله

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٨/٢٩١

(٢) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٨/٣٠٨

تعالى- لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة؛ لأنها أعز الأموال في ديارنا، فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا.

ـــــــQفيجوز على هذا الاعتبار م: (فإن اشترى بها) ش: أي بالمغشوشة م: (فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف) ش: يعني إن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة أو أقل، أو لا يدري لا يصح. وإن كانت أكثر يصح. م: (وإن بيعت) ش: أي الدراهم المغشوشة م: (بجنسها) ش: أي بالدراهم المغشوشة م: (متفاضلا) ش: أي بيعا متفاضلا. م: (جاز) ش: أي البيع م: (صرفا) ش: أي من حيث الصرف م: (للجنس إلى خلاف الجنس) ش: تحرزا عن الربا م: (وهي) ش: أي الدراهم المغشوشة التي بيعت بالدراهم المغشوشة م: (في حكم شيئين فضة وصفر) ش: وبيع الفضة بالصفر أو العكس متفاضلا يجوز، فكذلك بيع الدراهم المغشوشة بالمغشوشة بطريق صرف الجنس إلى خلاف الجنس م: (ولكنه صرف) ش: هذا **جواب** **إشكال**، وهو أن يقال: ينبغي أن لا يشترط القبض في هذه الصورة، لأنه لما صرف الجنس إلى خلاف الجنس، أي الفضة إلى الصفر لم يبق صرفا، فيكف يشترط التقابض. فأجاب بقوله: ولكنه صرف، تقريره: أن هذا البيع صرف م: (حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين) ش: أي من جانب الثمن، لأن الأصل في المقابلة المطلقة الشيوع م: (وإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر؛ لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر) ش: لأن صرف الجنس إلى خلاف جنسه كان لضرورة تصحيح التصرف فيما رواه يكون العقد عقد صرف، فيشترط القبض فيه.

م: (قال) ش: أي المصنف - رحمه الله -: م: (ومشايخنا) ش: يريد به علماء ما وراء النهر فدعي لهم بقوله م: (- رحمهم الله - تعالى، لم يفتوا بجواز ذلك) ش: أي بجواز التفاضل م: (في العدالي) ش: بفتح العين المهملة وتخفيف الدال المهملة وباللام المكسورة، أي الدراهم المنسوبة إلى العدالي وكأنه اسم ملك نسب إليه درهم فيه غش م: (والغطارفة) ش: أي الدراهم الغطرفية وهي المنسوبة إلى غطريف بكسر الغين المعجمة وسكون الطاء وكسر الراء بعدها الياء آخر الحروف الساكنة، وفي آخره فاء وهو ابن عطاء الكندي أمير خراسان أيام هارون الرشيد. وقيل: هو خال الرشيد م: (لأنها) ش: أي لأن العدالي والغطارفة م: (أعز الأموال في ديارنا) ش: أي في بخارى وسمرقند م: (فلو أبيح التفاضل فيه) ش: أي في المذكور من العدالي والغطارفة م: (ينفتح باب الربا) ش: ويندرجون إلى الذهب والفضة بالقياس على ذلك.." (١)

"قال: وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لإطلاق ما روينا، ولأنه التزام المطالبة، وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب، ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو عند أمره وقد رضي به، فإن تكفل عنه بأمره رجع بما أدى عليه؛ لأنه قضى دينه بأمره. وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه لأنه متبرع بأدائه، وقوله: رجع بما أدى، معناه إذا أدى ما ضمنه. أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن؛

ـــــــQ" المبسوط ".

[الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره]

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤١١/٨

م: (قال) ش: أي القدوري: م: (وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لإطلاق ما روينا) ش: وهو قوله – عليه السلام –: «الزعيم غارم» . م: (ولأنه التزام المطالبة، وهو تصرف في حق نفسه، وفيه نفع الطالب، ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع، إذ هو) ش: أي الرجوع م: (عند أمره) ش: أي أمر المطلوب م: (وقد رضي به) ش: أي رضي المكفول عنه بالرجوع عليه هذا **جواب لإشكال** يقال: لم قلتم إن في الكفالة نفعا للمكفول عنه أو لا ضرر عليه. ورجوع الكفيل عليه بما أدى ضرر فقال لا نسلم أنه ضرر مع وجود الرضا بالرجوع، م: (فإن تكفل عنه بأمره رجع بما أدى عليه) ش: أي: رجع بما أدى للمكفول له على المكفول عنه بالإجماع. وفي " النهاية " ليس على إطلاقه بل مقيد بما إذا كان الأمر وهو المطلوب ممن يجوز إقراره على نفسه بالديون ويملك المتبرع، حتى لو كان المطلوب صبيا محجورا وأمر رجلا بأن يكفل عنه فالكفالة صحيحة، ولكن لو أدى الكفيل ما أمره به لا يرجع على الصبي الآمر، وكذا الحكم في العبد المحجور، ذكره في " التحفة ". وفي " أحكام الصغار " للإستروشني: لو كان الصبي مأذونا له صح أمره ويرجع الكفيل بما أدى عليه بصحة أمره بالإذن، وفي " شرح الأقطع " وهذا الذي ذكره المصنف إنما يصح إذا قال: اضمن عني لفلان كذا، فإن قال له: اضمن الألف التي لفلان علي لم يرجع عليه عند الأداء، لأن قوله اضمن يحتمل أن يكون على وجه التبرع وأن يكون غيره فلا يجوز إيجاب الضمان إلا بلفظ مختص به، فإذا قال: اضمن عني دل على الضمان فلزمه ولا يلزم غيره بالشك، ولكن هذا الذي ذكره مذهب أبي حنيفة ومحمد –رحمهما الله– خلافا لأبي يوسف.

م: (لأنه قضى دينه بأمره) ش: أي لأن المأمور قضى دين الآمر بأمره فيرجع عليه م: (وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه لأنه متبرع بأدائه) ش: وبه قال الشافعي، وأحمد –رحمهما الله– في رواية. وقال مالك، وأحمد في رواية: يرجع كما لو كفل بأمره م: (وقوله رجع بما أدى معناه) ش: أي قول القدوري يرجع بما أدى معناه م: (إذا أدى ما ضمنه، أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن) ش: لا بما أدى، حتى لو كفل بالجياد وأدى الزيوف، ويجوز للطالب أن يرجع على المطلوب." [1]

"والمدعي يدعي الحق على الحاضرة، ولعلها غيرها، فلا بد من تعريفها بتلك النسبة، ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها، وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها في يد المدعى عليه. وكذا إذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يديه. قال: وكذا كتاب القاضي إلى القاضي؛ لأنه في معنى الشهادة على الشهادة إلا أن القاضي

ـــــــQم: (والمدعى يدعي الحق على الحاضرة، ولعلها غيرها) ش: أي ولعل للمرأة الحاضرة غير تلك المرأة فوجب التوقف م: (فلا بد من تعريفها) ش: أي من تعريف المرأة الحاضرة م: (بتلك النسبة) ش: المذكورة، وهي أن يأتي المدعي بشاهدين يشهدان أن الحاضرة فلانة بنت فلان الفلانية المعروفة بتلك النسبة.

م: (ونظير هذا) ش: نظير حكم المسألة المذكورة م: (إذا تحملوا الشهادة) ش: أي إذا تحملت جماعة الشهادة م: ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري) ش: بعدما أنكر أن يكون الحدود بها في يده م: (لا بد من آخرين يشهدان على أن الحدود بها في يد المدعى عليه) ش: توضيحه ما قال العتابي – رحمه الله – وغيره: نظيره إذا ادعى رجل على رجل

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤٤٢/٨

محدودا في يده، وشهد شهودا أن هذه الحدود المذكورة بهذه الحدود.

ملك هذا المدعي في يد المدعى عليه بغير حق، فقال المدعى عليه: الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود التي ذكرها الشهود، فيقال للمدعي هات شاهدين أن الذي في يديه محدودة بهذه الحدود ليصح القضاء.

م: (وكذا إذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يديه) ش: قال التمرتاشي - رحمه الله -: يعني لو قال المدعي: إن المذكور بهذه الحدود ملكه في يد المدعى عليه بغير حق، فقال المدعى عليه: الذي في يد غيره محدود بهذه الحدود، فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أن الحدود المذكورة حدود ما في يده ليصح القضاء م: (قال: وكذا كتاب القاضي إلى القاضي) ش: يعني كتب في كتابه شهد عدلان لأن، عندي أن لفلان ابن فلان الفلاني على فلانة بنت فلان الفلاني كذا، فاقض عليها أنت بذلك، فأحضر المدعي امرأة في مجلس المكتوب إليه، ودفع الكتاب إليه وأنكرته أنها فلانة يقول القاضي: هات شاهدين يشهدان أن هذه التي أحضرتها هي الفلانية المذكورة بهذا الكتاب تمكن الإشارة إليها في القضاء م: (لأنه) ش: أي لأن كتاب القاضي إلى القاضي م: (في معنى الشهادة على الشهادة) .

م: (إلا أن القاضي) ش: **جواب إشكال** مقدر هو أن يقال: إن القاضي الكاتب بمنزلة الشاهد الفرعي سمع الشهادة من الشاهدين، ونقل شهادتهما بالكتاب، فصار كأنه حضر مجلس." (١)

"لأنها تندرئ بالشبهات. وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل، بل هو الظاهر للندب الشرعي، بخلاف غيبة الشاهد؛ لأن الظاهر عدم الرجوع، وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة، وليس كل أحد يحسن الاستيفاء، فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلا، وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف - رحمه الله -:

لا تجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضا، وقول محمد - رحمه الله - مع أبي حنيفة - رحمه الله -، وقيل: مع أبي يوسف - رحمه الله - وقيل: هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته؛

ـــــــQ- رحمه الله - وقال الشافعي - رحمه الله - في الأصح، ومالك وأحمد: يجوز له استيفاء القصاص والقذف في غيبة الموكل، م: (لأنها تندرئ بالشبهات) .

م: (وشبهة العفو) ش: يعني في القصاص لأن الحدود لا يعفى عنها، وشبهة عفو ولي القصاص م: (ثابتة حال غيبة الموكل، بل هو الظاهر) ش: أي بل العفو هو الظاهر م: (للندب الشرعي) ش: وهو قوله تعالى: ﴿وأن تعفوا أقرب للتقوى﴾ [البقرة: ٢٣٧] (البقرة الآية) م: (بخلاف غيبة الشاهد) ش: حيث يستوفى الحدود والقصاص مع غيبة الشهود وإن كان رجوعهم محتملا م: (لأن الظاهر عدم الرجوع) ش: احترازا عن الكذب والفسق. م: (وبخلاف حالة الحضرة) ش: أي حضرة الموكل في المجلس م: (لانتفاء هذه الشبهة) ش: أي شبهة العفو.

م: (وليس كل أحد يحسن الاستيفاء) ش: هذا **جواب إشكال**، وهو أن يقال: إذا كان الموكل حاضرا لم يحتج إلى التوكيل بالاستيفاء، إذ هو يستوفيه بنفسه، فأجاب بقوله " وليس كل أحد يحسن الاستيفاء "، يعني لقلة هدايته، أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك، فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا م: (فلو منع عنه) ش: أي عن التوكيل م: (ينسد باب

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٩/١٩٣

الاستيفاء أصلا) ش: فلا يبقى.

م: (وهذا الذي ذكرناه) ش: يعني جواز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص م: (قول أبي حنيفة - رحمه الله -) ش: وبه قال الأئمة الثلاثة - رحمهم الله -.

م: (وقال أبو يوسف - رحمه الله -) ش: لا.

[الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود]

م: (لا تجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضا) ش: وبه قال زفر - رحمه الله - م: (وقول محمد - رحمه الله - مع أبي حنيفة - رحمه الله - وقيل: مع أبي يوسف - رحمه الله -) ش: وفي " شرح الطحاوي قول محمد - رحمه الله - مضطرب، وفي بعض الروايات ذكر قوله مع أبي حنيفة - رحمه الله - وفي بعضها مع أبي يوسف - رحمه الله - وذكر الطحاوي في " مختصره " قول محمد - رحمه الله - مع أبي حنيفة - رحمه الله - م: (وقيل: هذا الاختلاف في غيبته) ش: أي في غيبة الموكل م: (دون حضرته) ش: فإن في حضرته يجوز التوكيل بلا خلاف م:." (١)

"والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له، إنما لا يملكه في حق المولى. والتوكيل ليس تصرفا في حقه، إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة. أما الصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده، فتلزم الموكل. وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو مجنون أو محجور له خيار الفسخ؛ لأنه دخل في العقد على أن حقوقه تتعلق بالعاقد، فإذا ظهر خلافه يتخير. كما إذا عثر على عيب

قال: والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة، فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل. وقال الشافعي - رحمه الله - تتعلق بالموكل؛ لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف، والحكم هو الملك يتعلق بالموكل، فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل في النكاح.

ـــــــQم: (والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له، وإنما لا يملكه) ش: أي التصرف م: (في حق المولى) ش: دفعا للضرر م: (والتوكيل ليس تصرفا في حقه) ش: أي في حق المولى، إذ صحة التوكيل تتعلق بعبارته وأهليته والعبد يبقى على أصل الحرية في ذلك؛ لأن صحة العبارة بكونه آدميا.

م: (إلا أنه) ش: **جواب إشكال** وهو أن يقال إنهما لو كانا من أهل التصرف، ينبغي أن يصح منهما التزام العهدة، فأجاب بقوله " إلا أنه " أي ضمير أن الشأن م: (لا يصح منهما) ش: أي من الصبي والعبد م: (التزام العهد. أما الصبي لقصور أهليته) ش: بعدم البلوغ م: (والعبد لحق سيده) ش: لئلا يلزم الضرر به، وإذا كان كذلك م: (فتلزم) ش: أي الحقوق م: (الموكل) ش: لأنه لما تعذر التزام العهدة بهما تعلق بأقرب الناس إليهما، وهو من انتفع بهذا التصرف وهو الموكل.

م: (وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو مجنون) ش: قيل في " حاشية نسخة المصنف " - أو محجور - ومتنها " مجنون "، في بعض النسخ " أو عبد محجور " ولهذا قال في الكافي " -: ثم علم

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٩/٢٢١

أنه صبي محجور أو عبد محجور م: (له خيار الفسخ) ش: وذلك م: (لأنه) ش: أي لأن المشتري م: (دخل في العقد على أن حقوقه تتعلق بالعاقد، فإذا ظهر خلافه يتخير، كما إذا عثر) ش: أي اطلع م: (على عيب) ش: الجامع بينهما عدم الرضى.

[أضرب العقد الذي يعقده الوكلاء]

م: (قال) ش: أي القدوري – رحمه الله – م: (والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة، فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل. وقال الشافعي – رحمه الله – تتعلق بالموكل) ش: قال مالك وأحمد – رحمهما الله – م: (لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف، والحكم هو الملك يتعلق بالموكل، فكذا توابعه) ش: أي توابع الملك م: (وصار) ش: أي الوكيل م: (كالرسول) ش: بأن قال لآخر: كن رسولي في بيع عبدي م: (والوكيل في النكاح) ش: فإن حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل اتفاقا.." (١)

"أجنبي عن ماليته، والبيع يرد عليه من حيث إنه مال إلا أن ماليته في يده، حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن، فإذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالا، فيقع العقد للآمر. وإن عقد لنفسه فهو حر، لأنه إعتاق، وقد رضي به المولى دون المعاوضة، والعبد وإن كان وكيلا بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل.

ـــــQلأن العبد م: (أجنبي عن ماليته) ش: لأنها لمولاه، ولهذا لو أقر بماليته لغيره لا يصلح م: (والبيع يرد عليه) ش: أي على العبد م: (من حيث إنه مال) ش: فكان توكيله بشرائها كتوكيله بغيره من أموال المولى وكتوكيل أجنبي بشراء نفسه م: (إلا أن ماليته في يده) ش: استثناء عن قوله لأنه أجنبي عن ماليته لأنها لمولاه إلا أنها بيده م: (حتى لا يملك البائع) ش: وهو المولى م: (الحبس بعد البيع) ش: لاستيفاء الثمن لأن ماليته في يده لكونه مأذونا له كالمودع إذا اشترى الوديعة وهي في يده لم يكن للبائع حبسه م: (لاستيفاء الثمن فإذا أضافه إلى الآمر صلح فعله) ش: أي فعل العبد نتيجة الدليل.

وتقريره العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لأنه مال وكل من يصلح وكيلا عن غيره في شراء مال إذا أضاف العقد إلى الآمر صح فعله م: (امتثالا) ش: فالعبد إذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالا م: (فيقع العقد للآمر) ش: قياسا على حر توكل بشيء وفعله، وقوله ففعل فهو للآمر يشير إلى أن العقد يتم بقول المولى بعت.

وهو يخالف ما ذكر في " الجامع " فإن إضافة العقد إلى الموكل إنما تفيد الملك إذ وجد الإيجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد: بعني نفسي من فلان فقال: بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على أن الواحد لا يتولى طرفي البيع، بخلاف ما إذا اشترى لنفسه كما يأتي، فإنه إعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفيه، فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي.

فإن قلت: إذا أضاف إلى الموكل فمن الطالب بالثمن؟. أجيب: بأنه في ذمة العبد لكونه العاقد، فإن قلت قد يكون محجورا

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٢٨/٩

عليه ومثله لا يرجع إليه الحقوق؟، وأجيب: بأن الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه، فإن المباشرة تستدعي به تصور صحة المباشرة، وهو إذن.

م: (وإن عقد لنفسه فهو حر) ش: يعني إذا قال: بعني نفسي مني فقال: المولى بعت، فهو حر م: (لأنه إعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة) ش: لأنه علم أن البيع منه إعتاق م: (والعبد وإن كان وكيلا) ش: هذا **جواب** **إشكال** وهو أن يقال: ينبغي أن لا يجوز بيعه لنفسه لأنه وكيل بشراء معين لا يتمكن من أن يشتريه لنفسه، فينبغي أن لا يتمكن العبد من ذلك فأجاب بقوله: والعبد وإن كان وكيلا م: (بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر) ش: وهو الإعتاق على مال فكان مخالفا، م: (وفي مثله ينفذ الشراء على الوكيل) ش: والوكيل إذا خالف نفذ الشراء على." (١)

"لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الأمر، قال: فإن كان ذلك بإقراره لزم المأمور لأن الإقرار حجة قاصرة، وهو غير مضطر إليه لإمكانه السكوت والنكول، إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله. بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء. والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه

ـــــــQبنكوله لم يكن له أن يرده على الموكل ولو اشترى شيئا وباعه من غيره ثم المشتري الثاني رده على المشتري الأول بنكوله لم يكن له أن يرده على بائعه.

وتقرير **الجواب**: أن الوكيل مضطر في هذا النكول م: (لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع فلزم الأمر) ش: تقريره إنما اضطر إلى ذلك بعمل باشره الآمر، يعني أنه لم يباشر أحوال العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير، والآمر هو الذي أوقعه فيه فكان الرد عليه ردا على الموكل عبدا، فأما إذا أقر فإنه مختار فيه لا مضطرا وبخلاف المشتري فإنه مضطر في النكول ولكنه بعمل باشره بنفسه فلا يرجع على غيره، كذا في " المبسوط ".

وقال تاج الشريعة - رحمه الله -: إذا كان الرد بالبينة ظاهر، وإذا كان بالنكول ففيه نوع **إشكال** لأنه جعل النكول هنا بمنزلة البينة، وفي فصل الاستحقاق بمنزلة الإقرار ألا ترى أن من اشترى عبدا فادعى رجل أنه عبده واستحلف المشتري فنكل، فقضى القاضي بنكوله فالمشترى لا يرجع بالثمن كما أقر به المشتري.

والجواب هو الفرق بين المسألتين، أن في مسألة الشراء سبق من المشتري ما يطلق له اليمين لكون المبيع ملكه لما أن الشراء من أسباب الملك فلم يكن مضطرا في النكول فاعتبر نكوله بإقراره، وأما في حق الوكيل فلم يسبق منه ما يطلق له اليمين، فكان مضطرا في النكول كما هو مضطر عند إقامة البينة، فيعتبر نكوله بالبينة في هذا الوجه.

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله -: (فإن كان ذلك) ش: أي العيب م: (بإقراره لزم المأمور) وهو الوكيل م: (لأن الإقرار حجة قاصرة) ش: لا يظهر إلا في حق المقر دون غيره م: (وهو غير مضطر إليه) ش: أي إلى الإقرار م: (لإمكانه السكوت والنكول) ش: حتى يقضي عليه اليمين، ويقضي بالنكول والسكوت، والنكول مرفوعان، أي لأنه يمكنه السكوت والنكول م: (إلا أن له) ش: أي غير أن له م: (أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله) ش: أي نكول الموكل؛ لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة قاصرة، وهي الإقرار فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه، ومن حيث القصور

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٦٤/٩

لا يلزمه وهذه فائدة الحاجة إلى القضاء مع الإقرار، فيسقط ما قال في النهاية " إذا أقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ إلى قضاء القاضي، لأنه يقبله لا محالة.

م: (بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه)." (١)

"قال: ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالإجماع، ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وقالا: لزمه الأرش فيهما، لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما، فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه، كما إذا أقر بالخطأ والولي يدعي العمد، ولأبي حنيفة - رحمه الله -: أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فيجري فيها البذل بخلاف الأنفس، فإنه لو قال: أقطع يدي، فقطعها لا يجب الضمان، وهذا إعمال للبذل، إلا أنه لا يباح

ــــــــQبرئ عن الدعوى وإن نكل عن اليمين لزمته الدعوى، فعلى هذا الأصل يخرج مسائل الباب.

[ادعى قصاصا على غيره فجحده]

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - في "مختصره": م: (ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالإجماع) ش: ولا خلاف فيه م: (ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص) ش: عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وبه قال القاضي ومالك - رحمهما الله- بعد حلف المدعي، وأحمد - رحمه الله - في رواية، م: (وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش: أي الذي ذكر من النكول فيما دون النفس، والنكول في النفس.

م: (وقالا:) ش: أي أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله-: م: (لزمه الأرش فيهما) ش: أي يلزمه المال في النفس والطرف جميعا، وهذا الاختلاف فرع اختلافهم في معنى النكول، فعند أبي حنيفة - رحمه الله -: هو في معنى البذل، وعندهما في مضي إقرار فيه شبهة، لأنه لم يصرح بالإقرار، وهو معنى قوله: م: (لأن النكول إقرار فيه شبهة) ش: أي شبهة البدلية، أو شبهة الإقرار، لأن النكول إقرار فيه شبهة الإنكار م: (عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه) ش: قيد به لأنه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص، ولا المال أيضا، كما إذا أقام مدعي القصاص رجلا أو امرأتين أو الشهادة على الشهادة، حيث لا يقضى بشيء، فامتنع القصاص، قوله فلا يجب المال ونظائره بقوله: م: (كما إذا أقر بالخطأ والولي يدعي العمد) ش: يجب المال وبعكسه لا يجب.

م: (ولأبي حنيفة - رحمه الله -: أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال) ش: لأنها خلقت وقاية النفس، كالأموال فإذا كانت كذلك فيجب، أي فيه البذل، كما في الأموال م: (بخلاف الأنفس) ش: حيث لا يجري البذل فيها، وأوضح ذلك بقوله م: (فإنه لو قال) ش: أي فإن أحدا لو قال لآخر: م: (اقطع يدي فقطعها لا يجب عليه الضمان، وهذا) ش: أي

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٧٧/٩

عدم الضمان م: (إعمال للبذل) ش: وهو بذل مقيد لكونه دافعا للخصومة م: (إلا أنه لا يباح) ش: **جواب** **إشكال**، وهو أن يقال لو كانت الأطراف الأموال، ينبغي أن يباح القطع بالبذل، كما يباح المال بالبذل." (١)

"وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع، وأيهما أقام البينة تقبل بينته، وإن أقاماها فبينة البائع أولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده، وينقسم الثمن

ـــــــــــــــــــــــــــــــالمشتري نصف الثمن الذي أقر به وسقط نصفه، وإن تصادقا أن قيمتها كانت على التفاوت يسقط في الثمن بقدر قيمة الهالك.

م: (وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض) ش: فقال المشتري: كانت قيمته يوم القبض خمسمائة، وقيمة القائم يوم القبض كانت ألفا، وقال البائع على عكس هذا م: (فالقول قول البائع) ش: لأن البائع ينكر سقوط زيادة الثمن، والمشتري يدعي السقوط بعد اتفاقهما على وجوب الثمن، فكان البائع متمسكا بالأصل، كذا في " جامع قاضي خان "، فإن قيل مسائل الزيادات تدل على اعتبار قيمتهما يوم العقد حتى قال محمد - رحمه الله -: قيمة الأم تعتبر يوم القيمة، وقيمة الزيادة يوم الزيادة، وقيمة الولد يوم القبض، لأن الأم صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض، وكل واحد من بينهما صار مقصودا بالعقد، فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض.

وفي " الفوائد الظهيرية " فهذا **إشكال** هائل أوردته على قوم تحرير فلم يهتد أحد إلى **جوابه**، ثم قال: والذي يخايل لي بعد طول الجسم فما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ، فما صار مقصودا بالعقد، وفيما نحن فيه تحقيق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا لعقد وهو التحالف.

أما في الحي فظاهر، وكذا في الميت، لأنه إن تقذر الفسخ في الهالك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض، لأن الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد - رحمه الله - حتى قال: يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف، ويجب إعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض، فلهذا يعتبر قيمتها يوم القبض، م: (وأيهما أقام البينة تقبل بينته) ش: لأنه نور دعواه بالحجة.

م: (وإن أقاماها فبينة البائع أولى) ش: لأنه أكثر إثباتا بالزيادة في قيمة الهالك ولا معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لأنها ضمينته، والاختلاف المقصود وهو ما كان في قيمة الهالك.

ثم ذكر المصنف - رحمه الله - ما هو على قياس القول: م: (وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل) ش: أي " المبسوط " وهو قوله: م: (اشترى عبدين وقبضهما) ش: ولم يرد الثمن م: (ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر، عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن." (٢)

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٩/٣٣٦

(٢) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٩/٣٦٤

"قال: ولو كانت في أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء، ونصفها لا على وجه القضاء، لأنه خارج في النصف، فيقضى ببينته والنصف الذي في يديه صاحبه لا يدعيه؛ لأن مدعاه النصف وهو في يده سالم له، ولو لم ينصرف إليه دعواه كان ظالما بإمساكه ولا قضاء بدون الدعوى، فيترك في يده.

ـــــــQأحدها: مدبر قتل رجلا خطأ وآخر عمدا وله وليان، فعفى أحدهما فدفع المولى قيمته، كانت القيمة عنده بين ولي الخطأ، والذي لم يعف أثلاثا على طريق العول، وعندهما أرباعا على طريق المنازعة.

والثانية: ما إذا كان القاتل عبدا ووقع المولى بالجنايتين.

والثالثة: عبد بين رجلين أذنا له في التجارة، وقد مرت هذه الثلاث مسائل في النوع الرابع بطريق العول.

[ادعى أحدهما نصفها والآخر كلها]

م: (قال) ش: أي القدوري – رحمه الله –: م: (ولو كانت في أيديهما) ش: ادعى أحدهما نصفها، والآخر كلها م: (سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء، ونصفها لا على وجه القضاء) ش: وبه قال أحمد؛ وقال الشافعي – رحمه الله – في رواية مالك: تبقى الدار في أيديهما كما كانت، وبه قال أحمد – رحمه الله – في رواية، م: (لأنه) ش: أي لأن صاحب الجميع وهو مدعي الجميع م: (خارج في النصف) ش: الذي في يد صاحبه وبرهنا م: (فيقضى ببينته) ش: أي ببينة صاحب الجميع، م: (والنصف الذي بين يديه) ش: أي في يدي صاحب الجميع م: (صاحب لا يدعيه؛ لأن مدعاه النصف) ش: فإذا كان كذلك سلم النصف الذي في يد صاحب الجميع، فسلم ذلك النصف له بلا قضاء وهو معنى قوله م: (وهو في يده سالم له) ش: أي والنصف الذي في يد صاحب الجميع.

م: (ولو لم ينصرف إليه) ش: أي إلى النصف، قال تاج الشريعة: هذا **جواب** **إشكال**، وهو أن يقال لا نسلم أن دعواه في النصف الذي في يده حتى يسلم له، بل حقه ثابت في الكل. فأجاب عنه: بأنه لو لم ينصرف إليه م: (دعواه) ش: أي إلى النصف الذي في يده م: (كان ظالما بإمساكه) ش: والأصل: أن لا يحمل فعل المسلم على الظلم والفساد إذا أمكن حمله على الصحة والسداد.

م: (ولا قضاء بدون الدعوى) ش: لأن دعوى صاحب النصف ينصرف إلى النصف الذي في يده ولم توجد الدعوى من صاحب النصف في النصف الذي في يد صاحب الجميع، وإذا كان كذلك لا قضاء بدون الدعوى، م: (فيترك في يده) ش: أي يترك النصف الذي في يد صاحب الجميع لا على وجه القضاء.." (١)

"فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كانت من جنسه. ولأبي حنيفة – رحمه الله – أن الإكاف ليس من جنس السرج؛ لأنه للحمل والسرج للركوب، وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فيكون مخالفا، كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة.

وإن استأجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه. وإن بلغ

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٩/٤٠٤

فله الأجر. وهذا إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت؛ لأن عند ذلك التقييد غير مفيد. أما إذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فإن التقييد مفيد، إلا أن الظاهر

ـــــــQم: (فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كانت من جنسه) ش: أي فصار حكم الزيادة في السرج كحكم الزيادة في الحمل المسمى بأن قال: خمسون بأن كان المسمى حنطة فإنه يضمن الزيادة.

م: (ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل) ش: بفتح الحاء م: (والسرج للركوب، وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر) ش: أراد أن الإكاف ينبسط أكثر مما ينبسط السرج م: (فيكون مخالفا كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة) ش: أي والحال أنه قد شرط للحمل الحنطة. قال صاحب " العناية ": فيه نظر، لأنه عكس ما نحن فيه من المثال، إلا اذا جعل ذلك للمخالفة فقط من غير نظر إلى الانبساط وعدمه.

قلت: ليس فيه عكس، لأن الحديد قدر وزن الحنطة المشروطة لا تأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذ الحنطة، وهذا ظاهر على أن هذه التشقية والتشبيه لا عموم له فلا حاجة إلى النظر **والجواب** عنه.

[استأجر حمالا ليحمل له في طريق فسلك غيره فهلك المتاع]

م: (وإن استأجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس) ش: أي غير الطريق الذي عينه المستأجر، هذه جملة في محل الجر؛ لأنها صفة لقوله: في طريق غيره. قيد بها، لأنه إذا كان لا يسلك الناس فيه يضمن م: (فهلك المتاع فلا ضمان عليه) ش: لعدم مرداة التقييد م: (وإن بلغ) ش: بالتشديد، كذا السماع من المشايخ، أي فإن بلغ الحمال المتاع ذلك الموضع الذي اشترط أن يحمل إليه - ويجوز التخفيف -، والتأويل م: (فله الأجر) ش: لحصول المقصود م: (وهذا) ش: أي هذا الذي ذكرناه من عدم الضمان ووجوب الأجر م: (إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت، لأن عند ذلك) ش: أي عند عدم التفاوت م: (التقييد غير مفيد، أما إذا كان تفاوت) ش: أي إذا كان بين الطريقين تفاوت، وهو أن يكون الذي سلكه أوعر أو أخوف م: (يضمن لصحة التقييد فإن التقييد مفيد) ش: لأنه إنما قيد ليحفظ متاعه، فإذا خالفه صار متعديا فيضمن، وإن بلغ إليه المكان مع ذلك فله الأجر لحصول المقصود، كذا في " الفوائد الظهيرية ".

م: (إلا أن الظاهر) ش: هذا **جواب** **إشكال** يرد على التفصيل، تقريره أن يقال: إن محمدا أطلق الرواية بأنه لا ضمان عليه فيما إذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد فما هذا." (١)

"ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو على العضو، حتى لو خيف على ذلك بالضرب الشديد وغلب على ظنه ذلك يباح له ذلك ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به، فإن صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم؛ لأنه لما أبيح كان بالامتناع معاونا لغيره على إهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة. وعن أبي يوسف - رحمه الله -: أنه لا يأثم لأنه رخصة، إذ الحرمة قائمة فكان آخذا بالعزيمة. قلنا: حالة الاضطرار مستثنى بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم، فكان إباحة لا رخصة، إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة؛

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٦٤/١٠

ـــــــQم: (ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو على العضو، حتى لو خيف على ذلك بالضرب الشديد) ش: أي التلف م: (وغلب على ظنه يباح له ذلك ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به، فإن صبر حتى أوقعوا به) ش: أي قتلوه أو أتلفوا عضوه م: (ولم يأكل فهو آثم) ش: أي في ظاهر الرواية، وكذا هذا فيمن أصابته مخمصة.

وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول صحيح وأحمد في رواية ومالك م: (لأنه لما أبيح) ش: من حيث إن حرمة هذه الأشياء كانت باعتبار خلل يعود إلى البدن أو العقل أو العرض وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن م: (كان بالامتناع) ش: عن الإقدام م: (معاونا لغيره على إهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا يأثم) ش: وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية م: (لأنه رخصة) ش: أي لأن الإقدام على ذلك رخصة م: (إذ الحرمة قائمة) ش: أي إذ الحرمة بصفة أنها ميتة أو خمر قائمة، فإذا امتنع عن ذلك م: (فيكون آخذا بالعزيمة) ش: فلا يأثم.

م: (قلنا: حالة الاضطرار مستثنى بالنص) ش: هذا منع لما قاله أبو يوسف، تقريره لا نسلم أن الحرمة قائمة، لأن الله تعالى استثنى حالة الاضطرار وقال: ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾ [الأنعام: ١١٩] (سورة الأنعام: ١١٩).

م: (وهو) ش: أي الاستثناء دل عليه قوله مستثنى م: (تكلم بالحاصل بعد الثنيا) ش: يعني الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، فكان لبيان أن المستثنى لم يدخل في صدر الكلام م: (فلا محرم) ش: أي إذا كان كذلك فلا يحرم حينئذ م: (فكان إباحة لا رخصة) ش: أي كان إباحة ابتداء، لأنه داخل في الحرمة ثم خرج فامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه أو عضوه فكان آثما.

م: (إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة) ش: هذا **جواب** **إشكال** كأنه يقول: إذا ثبت إباحته ينبغي أن لا يأثم، إذ الإنسان لا يأثم بترك المباح، فأجاب: بأنه يأثم إذا علم بالإباحة ولم يأكل حتى تلف، لأنه يصير ساعيا في إتلاف نفسه، أما إذا لم يعلم ذلك فلا يأثم." (١)

"ألا يرى أنه لم يوجد المقضى له والمقضى عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الإمضاء، حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الحاجر أو إلى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله لاتصال الإمضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك،

ـــــــQم: (ألا يرى أنه لم يوجد المقضى له والمقضى عليه) ش: فلا يكون قضاء، لأن القضاء يثبت ما ليس بثابت، بل هذا كان مثبتا ما كان ثابتا، فإنه كان محجورا عليه قبل القضاء متى كان مبذر لماله وهذا هو حد الفتوى.

م: (ولو كان قضاء) ش: يعني ولئن سلمنا أن حجر القاضي كان قضاء على احتمال بعيد، وهو أن يجعل السفيه مقضيا له من حيث إن الحجر نظر له.

وقال تاج الشريعة - رحمه الله -: جاز أن يكون هذا **جواب** **إشكال**، وهو أن يقال: يمكن أن يجعل السفيه مقضيا له من حيث إن الحجر ما ثبت، إلا نظرا له، والقضاء بالحجر يقع عليه، فيجعل مقضيا له أيضا، فإذا وجد المقضى له والمقضى

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١١/٥١

عليه باختلاف الجهة فلا يكون قضاء، فلا ينبغي للقاضي الثاني الحكم بخلافه.

فأجاب – رحمه الله – بأنه لو كان قضاء م: (فنفس القضاء مختلف فيه) ش: لأن عند أبي حنيفة لا يجوز القضاء بالحجر وعندهما يجوز فيكون نفس القضاء مختلفا فيه، فيكون القاضي الثاني بسبيلين تنفيذه، وإبطاله لكونه ثابتا من وجه دون وجه فلا بد من الإمضاء ليرتفع نقصان اختلاف العلماء.

نظيره إذا تزوج رجل بشهادة رجل وامرأتين يجوز النكاح عندنا خلافا للشافعي – رحمه الله – فلو رفع هذا النكاح إلى القاضي الشافعي فقضى بصحته لا يصير مجمعا عليه، لأنه قضى على خلاف رأيه، فيكون الاختلاف في القضاء فيها فينفذ إجماعا.

وقال الخبازي: قضاء القاضي بالمختلف إنما يرفع الخلاف إذا لم يكن نفس القضاء مختلفا، ولا بد من قضاء آخر لنفاذ هذا القضاء.

م: (فلا بد من الإمضاء) ش: بقضاء آخر م: (حتى لو رفع تصرفه) ش: أي تصرف السفيه م: (بعد الحجر إلى القاضي الحاجر، أو إلى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله) ش: أي إبطال القاضي الثاني.

قيل: روي نفذ بالتشديد معناه استمر على تنفيد الثاني، لأنه حكم بنفاذه م: (لاتصال الإمضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك) ش: أي بعد الإمضاء.." (١)

"وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى، وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه، وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى، وعند انعدامه يستوفى من الرقبة،

وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة.

ــــــQم: (ويتعلق الدين برقبته) ش: **جواب** عن قولهما: إن غرض المولى من الإذن تحصيل مال ... إلى آخره، وبيانه: أن تعلق الدين برقبته م: (استيفاء حامل على المعاملة) ش: يعني حامل للغير على أن يعامل معه؛ لأن العاملين إذا عملوا ذلك يعاملون معه، فتكثر المعاملة ويكثر الربح، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك، فإن خوف التوى يمنعهم عن ذلك.

م: (فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى) ش: أراد بهذا الوجه هو الذي ذكره من قوله وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة. فإن قيل لا يصلح أن يكون غرضا؛ لأنه يتضرر به، والضرر لا يكون غرضا.

أجاب بقوله م: (وينعدم الضرر في حقه) ش: أي في حق المولى م: (بدخول المبيع في ملكه) ش: أي في ملك المولى، وفيه **إشكال** وهو أن المبيع إن كان باقيا وفيه وفاء بالديون لا يتحقق بيع العبد وإن لم يكن باقيا أو كان وليس فيه وفاء بالديون لم يكن دخوله في ملكه دافعا للضرر.

وأجيب: عنه بأن المراد مبيع قبضه المولى حين لا دين على العبد ثم ركبته ديون، فإنه لا يجب على المولى رده، إن كان باقيا، ولا ضمانه إن لم يكن، بل يباع العبد بالدين، إن اختار المولى، ويكون المبيع جائزا لما فات من العبد.

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٩٤/١١

وذكر في " المغني ": ولو أخذ المولى شيئا من كسبه بلا دين عليه، ثم لحقه دين لا يجب على المولى رد ما أخذ إن كان قائما وضمانه إن كان مستهلكا.

م: (وتعلقه بالكسب) ش: **جواب** عما يقال أجمعنا أنه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة، تقريره أن تعلق الدين بالكسب م: (لا ينافي تعلقه بالرقبة) ش: لأنه لا منافاة بينهما م: (فيتعلق بهما) ش: أي بالكسب والدين م: (غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى) ش: نظراء للجانبين م: (وعند انعدامه) ش: أي وعند انعدام الكسب م: (يستوفى من الرقبة) ش: دفعا للضرر عن الناس.

م: (وقوله) ش: أي قول صاحب القدوري م: (في الكتاب) ش: أي " مختصر القدوري " م: (ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة) ش: بأن تزوج امرأة، ثم وطئها، ثم استحقت حيث وجب المهر عليه، ولا يظهر ذلك في حق المولى؛ لأن وجوبه بالنكاح، وهو ليس من التجارة.." (١)

"في حقه بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة – رحمه الله – لأنه لا تهمة فيه وبخلاف ما إذا با ع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده؛

ـــــــQفي حقه) ش: أي في حق المولى بميله إليه عادة م: (بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة – رحمه الله –) ش: حيث يجوز مطلقا م: (لأنه لا تهمة فيه) ش: أي فيما إذا حابى الأجنبي، فإن قلت: قد تكون التهمة فيه موجودة.

قلت: هو موهوم؛ لأن مجرد الاحتمال لا يعتبر، وإنما المعتبر هو الاحتمال الناشئ عن الدليل.

م: (وبخلاف ما إذا با ع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده) ش: يروى بالواو وبدونها.

قال السغناقي: هذا متعلق بأول المسألة وهو قوله: وإذا با ع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف وليس بصحيح؛ لأنه معطوف بلا معطوف عليه، بل المناسب لذلك عدم الواو.

وقال: ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما إذا جاز الأجنبي، أي أنه يجوز في كل حال، أعني إذا كانت المحاباة يسيرة، أو فاحشة، أو كان البيع بمثل القيمة، وبيع المريض من وارثه، لا يجوز عند أبي حنيفة في كل حالة من هذه الأحوال، وهذا أوجه، ولكن النسخة بالواو وباباه قبل ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى. لأن المفهوم من قوله: بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقا، ولا يرجع المريض من وارثه بمثل القيمة **إشكالا** عليه، حتى يحتاج إلى **جواب**. والظاهر عدم الواو يجعله متعلقا بأول المسألة. وفي الكلام تعقيد، وتقدير كلامه هكذا: وإن با ع من المولى شيئا بثمل القيمة جاز؛ لأنه كالأجنبي عن كسبه، إذا كان عليه دين بخلاف ما إذا با ع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده ... إلى آخره، ثم يذكر بعد ذلك قوله: وإن با ع المريض بنقصان لم يجز إلى آخره.

قلت: الأوجه ما ذكره " تاج الشريعة " أن قوله وبخلاف ما إذا با ع المريض نقص على أصل المسألة، وهو أن بيع المأذون

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٤٨/١١

من المولى بمثل القيمة جائز.

ولو با ع المريض من الوارث بمثل القيمة لا يجوز.

قلت: ينبغي أن يأتي بالمسألة بلا واو؛ لأنه أول مسألة تورد نقضا على مسألة الكتاب،." (١)

"ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع، وهذا لأن الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار، إذ هو مادة المضار على ما عرف، وقطع هذه المادة بتملك الأصيل أولى؛ لأن الضرر في حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى،

ـــــــQومما يشكل هل يستحق بها الشفعة، فبين النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه لا يستحق الشفعة بالقسمة، ولا يلزم الجار المقابل. ولأن الضرر هناك ليس بسبب اتصال الملك فلا يستحق رفعه بحق الملك، فإن الشفعة حق الملك فيتحقق به رفع ضرر يلحق بسبب اتصال الملك، ولهذا لم يثبت لجار السكنى كالمستأجر والمستعير؛ لأن جواره ليس بمستدام.

م: (ولأن ملكه) ش: أي ملك الشفيع م: (متصل بملك الدخيل) ش: أي متصل بما ملك المشتري بالشراء، وسماه دخيلا لأنه ليس بأصيل في الجوار، والأصل هو الجوار م: (اتصال تأبيد وقرار) ش: وفي بعض النسخ اتصال التأبيد والقرار وفي بعض النسخ اتصال تأبيد وقرار.

واحترز بالتأبيد عن المنقول والسكنى بالعارية والقرار عن المشتري شراء فاسدا؛ لأنه إقرار له لوجوب النقض رفعا للفساد م: (فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال) ش: أي إذا كان كذلك يثبت للشفيع حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال احترز به عن الإجارة والمرهونة والمجعولة مهرا م: (اعتبارا بمورد الشرع) ش: أي إلحاقا بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لا يقسم.

م: (وهذا لأن الاتصال على هذه الصفة) ش: هذا، كأنه **جواب** عن قوله: وهذا ليس في معناه، أي لا معنى لقوله، إذ الاتصال على هذه الصفة يعني اتصال التأبيد والقرار م: (إنما انتصب سببا فيه) ش: أي فيما ورد الشرع م: (لدفع ضرر الجوار إذ هو) ش: أي الجوار م: (مادة المضار) ش: من إيقاد النار، وإثارة الغبار، ومنع ضوء النهار، وأعلى الجدار للاطلا ع على الصغار والكبار م: (على ما عرف) ش: سوء هذا بين الجيران.

م: (وقطع هذه المادة) ش: **جواب** **إشكال** وهو أن يقال الشفيع يتضرر بالدخيل والدخيل أيضا يتضرر بتملك الشفيع ما له عليه، فأجاب بأن قطع هذه المادة م: (بتملك الأصيل) ش: يعني الشفيع م: (أولى لأن الضرر في حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى) ش: لأن ملك المشتري لم يتقرر بعد، والمشتري رافع لتقرير ملكه؛ لأنه مضطر إلى البيع لو لم يوافقه المشتري والدفع أسهل من الرفع.." (٢)

"وفيه **إشكال** أوضحناه في البيوع فلا نعيده. وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع، بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع بجنبها بالشفعة؛ لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٦١/١١

(٢) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٨٢/١١

ـــــــQبالشفعة م: (وفيه إشكال) ش: أي وفي ثبوت الخيار للمشتري إشكال، وهو أنه لا يثبت له الملك عند أبي يوسف كيف يأخذها بالشفعة، وقد كان البلخي يدعي المناقضة على أبي حنيفة - رحمه الله - حيث قال: إذا كان الخيار للمشتري لا يملك البيع، وهاهنا نقول بقولنا خذ الشفعة، وهو مستلزم للمالك وحل الإشكال إن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها؛ لأن ما يثبت إلا بدفع ضرر سوء الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتا.

فإن قلت: الملك الثابت في ضمن طلب الشفعة يكون بطريق الإسناد فيثبت من وجه دون وجه.

قلت: نعم إذا انعقد الإجماع على الاستناد وهاهنا ليس كذلك فإن عنده يثبت الملك بطريق الاقتضاء.

وعندهما يكون الملك للمشتري فصار الملك مجتهدا فيه فيثبت قطعا، بخلاف ما إذا باع بشرط الخيار ثم بيعت دار بجنبها ثم أجاز البائع وقت البيع، وإجازة البيع دليل إعراضه عن الشفعة، فلو أخذ المشتري يكون حق الشفعة بملك الغير. وأما في مسألتنا فيملك نفسه فافترقا.

م: (أوضحناه في البيوع فلا نعيده) ش: أوضحنا الإشكال في البيوع. قال في " النهاية ": هذه الحوالة في حق الإشكال غير رائجة بل فيه جواب الإشكال وهو قوله: ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها ... إلى آخره.

وقيل: إذا كانت الحوالة في حق جواب الإشكال رائجة كانت في حق السؤال كذلك؛ لأن الجواب يتضمن السؤال. وقيل: لم يقل في بيوع هذا الكتاب فيجوز إن كان أوضحه في بيوع "كفاية المنتهي ".

م: (وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع) ش: أي وإذا أخذ المشتري المبيعة، كان إجازة منه للبيع الذي كان له فيه الخيار م: (بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها) ش: أي بخلاف ما إذا اشترى المشتري الدار الأولى، والحال أنه لم يرها م: (حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع بجنبها بالشفعة؛ لأن خيار الرؤية لا يبطل) ش: خياره م: (بصريح الإبطال) ش: قبل وجود الرؤية؛ لأن بطلانه

(١) ".

"أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء؛ لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين. وهذا لأن أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته، وإن كانت أجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد.

ـــــــQم: (أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء؛ لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد) ش: باتحاد الجنس، فإن المقصود من الشاة مثل اللحم ولا يتفاوت كثيرا، ومن الفرس الركوب كذلك. والطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه، ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته م: (والمبادلة بما يجري فيه الجبر) ش: هذا أيضا جواب عن إشكال، يعني لم قلتم إنها تتضمن معنى المبادلة فكيف يجبر فأجاب بأن المبادلة مما يجري فيه الجبر مقصودا م:

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٦٢/١١

(كما في قضاء الدين) ش: فإن المديون يجبر على القضاء من أن الديون تقضى بأمثالها. فصار ما يؤدى بدلا عما في ذمته، وهذا جبر في المبادلة وقد جاز فلأن يجوز فيما لا قصد فيها إليه أولى.

م: (وهذا) ش: إشارة إلى قوله: أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء م: (لأن أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته) ش: دفعا للضرر عنه، لأنه نصب لدفع الظلم وإيصال الحق إلى المستحق م: (وإن كانت أجناسا مختلفة) ش: أي وإن كانت الأعيان المشتركة أجناسا مختلفة كالمعز والغنم والبقر والإبل م: (لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد) .

ش: والحاصل أن الأعيان المشتركة لا تخلو إما أن تكون من جنس واحد أو أجناس مختلفة. فالأول لا يخلو أما إن كانت مما يجري فيه الربا كالمكيل والموزون أو لا كالحيوانات والقاضي يجبر عند طلب أحدهما في هذين الوجهين بعد أن كانا من جنس واحد، لأن الآبي متعنت، هذا إذا كانت المنفعة بعد القسمة تبقى.

أما إذا لمن تبق بل تتضرر كل واحد لا يقسمه بغير التراضي كالحمام والبيت الصغير والحائط ونحو ذلك مما يحتاج إلى الشق والقطع، وبه قالت الثلاثة، وعند التراضي روايتان، في رواية لا بأس للقاضي أن يشق بإذنهما. وفي رواية لا يلي ذلك بنفسه بل يفوض إليهما. وإن كانت من أجناس مختلفة وطلب أحدهما فلا يقسمها بغير التراضي، كذا في " شرح الطحاوي ".." (١)

"على أن لأحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز. فكذا في الانتهاء، وصار كاستحقاق شيء معين، بخلاف الشائع في النصيبين؛ لأنه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين، أما هاهنا فلا ضرر بالمستحق فافترقا، وصورة المسألة إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر، وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم، فعندهما: إن شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر

ـــــــQ (على أن لأحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز) ش: أي على أن يأخذ أحدهما نصيبهما من النصف المقدم مع ربع النصف المؤخر، ويأخذ ما بقي من ذلك يجوز، لأن ما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بالطريق الأولى، وهو معنى قوله م: (فكذا في الانتهاء، وصار كاستحقاق شيء معين) ش: أي في عدم انتفاء معنى الإفراز.

م: (بخلاف الشائع في النصيبين) ش: جواب عما قال أبو يوسف كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين م: (لأنه لو بقيت القسمة) ش: في هذه الصورة م: (لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين) ش: في موضعين فيؤدي إلى الضرر منتف شرعا م: (وأما هاهنا فلا ضرر بالمستحق فافترقا) ش: أي الحكمان في المقيس والمقيس عليه في النصيبين، لأنه يحتاج إلى قسمة في يد كل واحد منهما، فتفرق نصيبه.

فإن قلت: إذا لم يكن للمستحق ضرر ولكن المستحق عليه يتضرر بتفريق نصيبه في التعين، أعني نصيب المستحق ونصيب الشريك الآخر.

قلت: ضرر المستحق عليه ليس بمنظور هنا، لأنه ضرورة إنشاء من فعلهما حيث اقتسما بدون الشريك الثالث ولم يفصحا

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤٠٢/١١

عنه. على أنا نقول: هذا **الإشكال** يرد على الكل، لأن في استحقاق الجزء المعين يلزم هذا الضرر على المستحق عليه، ومع هذا لا ينقض القسمة بالإجماع.

م: (وصورة المسألة) ش: أي المسألة المذكورة في الكتاب لا المستشهد بها م: (إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء، ثم استحق نصف المقدم) ش: أي النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب أحدهما

م: (فعندهما: إن شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر) ش: فإن جميع قيمة الدار ألف ومائتا درهم، ولما استحق النصف من الثلث المقدم شيء أن المشترك بينهما تسعا، ثم فهو كل واحد منهما في أربعمائة وخمسين.

والذي بقي في يد صاحب المقدم ثلاثمائة، وما في يد صاحب المؤخر يساوي ستمائة فيرجع عليه بربع ما في يده وقيمته مائة وخمسون حتى يسلم لكل واحد منهما ما يساوي." (١)

"أحدهما: أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر، فإنه لا يجوز؛ لأنه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع. والثاني: أن يجمع بين البذر والبقر وأنه لا يجوز أيضا؛ لأنه لا يجوز عند الانفراد، فكذا عند الاجتماع، والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزروعات الفاسدة، وفي رواية لصاحب الأرض، ويصير مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بأرضه.

قال: ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة لما بينا، وأن يكون الخارج شائعا بينهما تحقيقا لمعنى الشركة

ـــــــQالقدوري م: (أحدهما) ش: أي أحد الوجهين م: (أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر، فإنه) ش: أي وإن هذا الوجه م: (لا يجوز؛ لأنه يتم الشركة بين البذر والعمل) ش: لأن صاحب البذر مستأجر، والمستأجر للأرض، والتخلية بين المستأجر والمستأجر شرط، فانعدمت التخلية هاهنا، لأن الأرض تكون في يد العامل، وبقي **إشكال** في أنه أوجب لصاحب الأرض أجر مثل أرضه ولم يسلم الأرض، فكيف يستوجب أجر المثل. **والجواب** أن منفعة الأرض صارت مسلمة إلى صاحب البذر ولسلامة الخارج له حكما، وكذلك إن لم يخرج الأرض شيئا، لأن عمل العامل بأمر في القابلان كعمله بنفسه.

فيستوجب أجر المثل عليه في الوجهين م: (ولم يرد به الشرع) ش: فلا يجوز، أي لم يرد الشرع بهذا الوجه فلا يجوز.

م: (والثاني) ش: أي الوجه الثاني م: (أن يجمع بين البذر والبقر) ش: بأن يكون البذر والبقر من أحدهما والعمل من الآخر

م: (وأنه) ش: أي وإن هذا الوجه م: (لا يجوز أيضا؛ لأنه لا يجوز عند الانفراد) ش: يعني إذا كان البذر وحده من جانب وإذا كان البقر وحدها من جانب م: (فكذا عند الاجتماع) ش: أي فكذا لا يجوز إذا كان البذر والبقر جميعا من جانب

م: (والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزروعات الفاسدة) ش: ذكرها الصدر الشهيد في المزارعة ومقدار ما غرم من أجر العامل والأرض ويتصدق بالفضل.

م: (وفي رواية) ش: ذكرها الصدر الشهيد أيضا فهما م: (لصاحب الأرض ويصير مستقرضا للبذر، قابضا له باتصاله

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١١/٤٥٦

بأرضه) ش: أي يصير صاحب الأرض مستقرضا للبذر، وهذا في الحقيقة **جواب** **إشكال**، وهو أن القرض يشترط فيه القبض ولا قبض هاهنا، فأجاب بأن اتصال البذر بأرضه كالقبض.

[بيان المدة في المزارعة]

م: (قال) ش: أي القدوري م: (ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة لما بينا) ش: أشار بقوله إلى قوله في شرط المزارعة، والثالث بيان المدة م: (وأن يكون الخارج بينهما شائعا) ش: أي ولا تصح أيضا، إلا أن يكون الخارج بينهما شائعا م: (تحقيقا لمعنى الشركة) ش: ولا خلاف." (١)

"لأن إزالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره، فإنه يؤخذ برفعها، وقيل: يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه، كما إذا هدم جدار غيره. وهذا هو الصحيح ذكره في " أدب القاضي " للخصاف، وذكر طريق معرفة النقصان، وما عطب في الأولى؛ فلا ضمان فيه؛ لأنه غير متعد إن كان بإذن الإمام فظاهر، وكذا إن كان بغير إذنه عندهما، والعذر لأبي حنيفة - رحمه الله -: أنه يجعل الحفر تحجيرا، وهو بسبيل منه بغير إذن الإمام، وإن كان لا يملكه بدونه.

وما عطب في الثانية ففيه الضمان؛ لأنه متعد فيه

ـــــــحفرها وإزالة الجناية حفره م: (لأن إزالة جناية حفره به) ش: أي بالكبس م: (كما في الكناسة) ش: بضم الكاف، وهي الزيادة م: (يلقيها في دار غيره، فإنه يؤخذ برفعها) ش: أي فإن الملقي يؤاخذ برفع الكناسة لإزالة الضرر.

م: (وقيل: يضمنه النقصان) ش: أي يضمن الأول الثاني نقصان حريمه م: (ثم يكبسه) ش: أي ثم يكبس الأول بنفسه ما حفر الثاني م: (كما إذا هدم جدار غيره) ش: حيث يلزم نقصان الهدم ثم سببه بنفسه م: (وهذا هو الصحيح) ش: أي القول الثاني هو الصحيح م: (ذكره في " أدب القاضي " للخصاف) ش: أراد أن الخصاف ذكره في كتابه " أدب القاضي " - رحمه الله -، م: (وذكر طريق معرفة النقصان) ش: أي وذكر الخصاف كيفية معنى فيه النقصان، وهو أن يقوم ما قبل الحفر، ويقوم ما بعد الحفر فيضمن نقصان ما بينهما م: (وما عطب في الأولى فلا ضمان فيه) ش: أي والذي هلك في البئر الأولى لا ضمان فيه م: (لأنه غير متعد إن كان بإذن الإمام فظاهر، وكذا إن كان بغير إذنه عندهما) ش: أي عند أبي يوسف، ومحمد -رحمهما الله - لأن له أن يحفر بغير إذن الإمام عندهما، ولهذا ملك البئر في الحالتين، فإذا كان له ولاية الحفر لا يكون متعديا فلا يضمن ما تولد من حفره، كما لو حفر في داره.

م: (والعذر لأبي حنيفة - رحمه الله -) ش: أراد بذلك **جواب** **الإشكال** الذي يرد على قول أبي حنيفة - رحمه الله - إذا كان الأول حفرها بلا إذن الإمام، **والإشكال** لا يرد إلا على هذا الوجه؛ لأنه إذا كان بإذن الإمام لا يرد شيء م: (أنه يجعل الحفر تحجيرا) ش: أي أن أبا حنيفة - رحمه الله - يجعل الحفر تحجيرا م: (وهو بسبيل منه) ش: أي من التحجير م: (بغير إذن الإمام، وإن كان لا يملكه بدونه) ش: أي بدون الإذن. الحاصل: أن له ولاية التحجير بغير إذن الإمام، وإن لم يكن له الإحياء بغير إذنه، فيجعل حفره بغير إذن الإمام تحجيرا لا إحياء، فإذا كان كذلك فقد فعل ما له فعله فلا يكون

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١١/٤٨٩

متعديا فلا يضمن ما تولد فيه.

[حفر الثاني بئرا وراء حريم الأولى فذهب ماء البئر الأولى]

م: (وما عطب في الثانية) ش: أي والذي هلك في البئر الثانية م: (ففيه الضمان، لأنه متعد فيه." (١)

"لأن كل واحد من الضررين خاص، ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما أنفقوا فيه إذا كان بأمر القاضي، فاستوت الجهتان بخلاف ما تقدم، ولا يجبر بحق الشفعة كما إذا امتنعوا جميعا، ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من أعلاه، فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه، وهذا عند أبي حنيفة – رحمه الله –

ـــــو بكر البلخي آخذ م: (لأن كل واحد من الضررين خاص) ش: لأنهما مستويان فيترك ما كان على ما كان كما تعذر دفع أحدهما بالأخرى لا يجبر كما في الحائط بين اثنين إذا انهدم أو انهدم علو وسفل، فأراد أحدهما أن يبني فأبى الآخر لا يجبر الآبي، بل يقال للآخر: ابن أنت إن شئت، وأشار إلى استواء الضررين هذا بقوله: م: (ويمكن دفعه عنهم) ش: أي يمكن لدفع الضرر عن رقبة الآبي م: (بالرجوع على الآبي بما أنفقوا فيه إذا كان بأمر القاضي) ش: بأن يستوفوا من نصيب الآبي من الشرب قدر ما يبلغ قيمته ما أنفقوا في نصيبه في الكري م: (فاستوت الجهتان) ش: أي إذا كان الأمر كذلك استوى جنسه الآبي وجنسه رفقته، أراد به استواء الضرر أن لكل واحد منهما بعوض فامتنع التعارض.

م: (بخلاف ما تقدم) ش: وهو الإجبار في النهر الثاني، فإن من أبى من أهله يجبر عليه لما ذكرنا أن هناك أحد الجهتين عام فيجبر الآبي دفعا للضرر العام م: (ولا يجبر بحق الشفعة) ش: هذا هو جواب إشكال، وهو أن يقال: إن كان لا يجبر الآبي على كرائه بحق الشركاء، فلم يجبر بحق الشفعة كما قيل أنه يجبر بحق الشفعة، وهو قول بعض المتأخرين من أصحابنا، فقال: لا يجبر بحق الشفعة، لأن الجبر بحق الشفعة لا يستقيم.

م: (كما إذا امتنعوا جميعا) ش: عن الكري فإنهم لا يجبرون على الكري بحق أصحاب الشفة م: (ومؤنة كري النهر المشترك عليهم) ش: أي على الشركاء م: (من أعلاه) ش: أي من أعلى النهر م: (فإذا جاوز) ش: أي الكري م: (أرض رجل رفع عنه) ش: أي رفع الكري عن الرجل وصورته. ما ذكره في " الكافي " و " التحفة " أن النهر إذا كان بين عشرة لكل واحد منهم عليه أرض كان الكري من أول النهر إلى أن يجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم على كل واحد منهم العشر. فإذا تجاوز شرب الثاني خرج هو من الكري، ويكون الكري على الباقين على تسعة أسهم، فإذا تجاوز شرب الثاني سقط عنه الشفعة، ويكون الكري على الباقين على ثمانية أسهم، وعلى هذا الترتيب قالا إن المؤنة بينهم على عشرة أسهم من أول النهر إلى آخره م: (وهذا عند أبي حنيفة – رحمه الله –) ش: أي دفع مؤنة الكري عند أبي حنيفة، وبه قال الشافعي وأحمد، وفي " فتاوى قاضي خان " وبقوله: أخذوا في الفتوى.." (٢)

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٠٢/١٢

(٢) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٣٢٦/١٢

"فلم يحرم، بخلاف ما إذا كان الإرسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الأول.

ـــــــQش: هذا **جواب إشكال**، وهو: أن الثاني إنما قتله بعد الخروج من الصيد، ينبغي أن يحرم، فأجاب: بأنه صيد بدلالة الإرسال م: (فلم يحرم) .

م: (بخلاف ما إذا كان الإرسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الأول) ش: حيث يحرم، وهذا الذي ذكره بخلاف ما إذا رمى صيدا بسهم فأثخنه بحيث أخرجه عن حيز الامتناع ثم رماه ثانيا فقتله لا يؤكل لأنه لما أثخنه فصار ذكاته ذكاة الأهلي، ويمكنه الاحتراز عن الرمية الثانية فلا يكون عفوا، وفي الكلب ليس كذلك، لأنه لا يمكن تعليمه على وجه لا يجرح ثانيا بعد أن جرح مرة، وما تعذر دفعه، تعذر رفعه، والله سبحانه وتعالى أعلم.." (١)

"وذلك ثابت له بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن، وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره. وإذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك، فلو استوفاه ثانيا يؤدي إلى الربا، بخلاف حالة القيام؛ لأنه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن، فلا يتكرر، ولا وجه إلى استيفاء الباقي بدونه؛ لأنه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية.

ـــــــQ (وذلك) ش: أي كونه موصلة إليه م: (ثابت له بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود) ش: أي ليقع الأمن عن جحود الدائن م: (مخافة جحود المرتهن الرهن) ش: معناه: أن الحبس يفضي إلى أداء الحق، لأن الراهن يخشى إن جحد الدين أن يجحد المرتهن الرهن، لأن قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين، فيحتاج إلى إيفاء الأقل ليخلص الأكثر.

م: (وليكون) ش: أي الراهن م: (عاجزا عن الانتفاع به) ش: باعتبار الحبس الدائم م: (فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته) ش: إلى العين م: (أو لضجره) ش: عن المطالبة م: (وإذا كان كذلك) ش: أي وإذا ثبت، أي الرهن يدل على اليد والحبس م: (يثبت الاستيفاء من وجه) ش: لأن الاستيفاء إنما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه م: (وقد تقرر بالهلاك) ش: أي وقد تقرر الاستيفاء بهلاك الرهن م: (فلو استوفاه ثانيا) ش: أي فلو استوفى المرتهن دينه ثانيا م: (يؤدي إلى الربا) ش: فلا يجوز، لأنه يكون أخذ حقه مرتين.

م: (بخلاف حالة القيام) ش: أي حالة قيام الرهن، حيث لا يؤدي إلى التكرار المؤدي إلى الربا م: (لأنه ينقض هذا الاستيفاء بالرد) ش: أي برد العين م: (على الراهن فلا يتكرر) ش: أي الاستيفاء م: (ولا وجه إلى استيفاء الباقي) ش: هذا **جواب إشكال** تقديري، وهو أن يقال: يستوفي المرتهن اليد على وجه لا يؤدي إلى الربا، وهو أن يستوفي رقبة لا يدا.

فأجاب بقوله: ولا وجه إلى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة م: (بدونه) ش: أي بدون ملك اليد م: (لأنه لا يتصور) ش: أي لأن استيفاء المرتهن دينه من الرهن بدون ملك اليد لا يتصور، لأنه محال.

فإذا لم يمكن الاستيفاء وطولب الراهن بأداء الدين: لا يلزم الربا، لأنه لم يتكرر الاستيفاء م: (والاستيفاء يقع بالمالية) ش: هذا **جواب** عما يقال: لو كان بالرهن استيفاء بالدين لكان بعين الدين أو البدل لا وجه للأول؛ لأن الرهن ليس من جنس

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤٣٥/١٢

الدين واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه، ولا وجه للثاني أيضا، لأن الرهن ببدل الصرف والسلم جائز للاستدلال بها غير جائز.." (١)

"جنس حقه. ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن؛ لأنه بدل ملكه وقد فرغ في حق المرتهن. وإن نقصت عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط عن الدين خمسمائة: لأن ما انتقص كالهالك، وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر، ووجب عليه الباقي بالإتلاف وهو قيمته يوم أتلف.

قال: وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن. فإن هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون، وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده؛ لأن عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال، ألا ترى

ــــــQجنس حقه ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن؛ لأنه بدل ملكه وقد فرغ في حق المرتهن) .

م: (وإن نقصت عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة، وقد كانت قيمته) ش: أي والحال أنه كانت قيمته م: (يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة؛ لأن ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره، وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر) ش: وهذا **جواب** **إشكال**، وهو أن يقال لو سقط بقدر ما انتقص كان الرهن مضمونا على الرهن بتراجع السعر وليس لتراجع السعر أثر في إسقاط شيء من الدين.

والجواب: أنه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر م: (ووجب عليه) ش: أي على الراهن م: (الباقي) ش: وهو الخمسمائة الزائدة م: (بالإتلاف وهو قيمته يوم أتلف) ش: أي الراهن.

[أعار المرتهن الرهن للراهن]

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن) ش: فيه تسامح؛ لأن الإعارة تمليك المنافع بغير عوض، والمرتهن لا يملكها، فكيف يملكها غيره، ولكن لما عومل بمعاملة الإعارة من عدم الضمان، ويمكن استرداد المغير أطلق الإعارة م: (ليخدمه أو ليعمل له عملا) ش: لا يوجد في عامة " مختصر القدوري "، م: (فقبضه خرج من ضمان المرتهن) ش: هذا من لفظ القدوري.

وعلله المصنف بقوله: م: (لمنافاة بين يد العارية وبين يد الرهن) ش: وهو يد المرتهن؛ لأن يد المرتهن مضمونة، ويد العارية ليست بمضمونة، فلما صحت الإعارة انتفى حكم الرهن، وهو كونه مضمونا.

م: (فإن هلك في يد الراهن هلك بغير شيء) ش: هذا لفظ القدوري وعلله المصنف بقوله م: (لفوات القبض المضمون

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٢/٤٧٦

وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده) ش: من كلام القدوري، وعلله م: (لأن عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال) ش: أي في حال كون الرهن في يد المرتهن م: (ألا ترى." (١)

"قال: وإذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية إن كان خطأ، وإن كان عمدا ففي مالها. وهذا عند أبي حنيفة – رحمه الله –؛ لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده، فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه.

ـــــــــ**الجواب** عن الأول: أن المصنف – رحمه الله – نفى تعلق حق الورثة به لا لكونه موروثا، ولا تنافي بينهما لأن حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة، وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الأصل، والقياس في المال أيضا: أن لا يثبت فيه تعلق حقهم ألا يتكففون الناس وتركهم أغنياء، إنما يتحقق تعلق حقهم بما يتعلق التي وهو المال، فلو لم يتعلق به لتصرف فيه فتركهم بماله يتكففون الناس. والقصاص ليس بمال، فلا يتعلق به لكنه مورث؛ لأن الإرث خلافة ذي نسب الميت الحقيقي أو الحكمي أو نكاحه أو ولاية حقيقة أو حكما في ماله أو حق قابل له بعد موته.

وعن الثاني: بأن المراد من قوله: " أوصى " تبرع كما عبرنا عنه آنفا والوصية تبرع خاص، فيجوز أن يستعار لمطلقه.

وعن الثالث: أن المنافع أموال إذا كانت في عقد فيه معاوضة.

وقوله: " فيعتبر من الثلث " فيه **إشكال** وهو أنه إذا اعتبره من الثلث كان وصية. والقاتل من العاقلة، والوصية للقاتل باطلة، فيجب أن لا يصح في حصته.

وأجيب: بأن المجروح لم يقل أوصيته بثلث الدية، وإنما عفا عن المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ ولا مانع عنه، ألا ترى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز.

[قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات]

م: (قال) ش: أي قال محمد في " الجامع الصغير ": م: (وإذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها، وعلى عاقلتها الدية إن كان خطأ، وإن كان عمدا ففي مالها) ش:.

قوله: " على يده ": أي على موجب يده وقيد بقوله ثم مات الزوج في وجوب مهر المثل لأنه إذا لم يمت فتزوجها على اليد صحت التسمية، ويصير الأرش اليد مهرا لها بالإجماع سواء كان القطع عمدا أو خطأ، فتزوجها على القطع وما يحدث منه أو على الجناية لأن لما برأ تبين أن موجبها الأرش دون القصاص، لأن القصاص لا يجري في الأطراف بين الرجل والمرأة عندنا، والأرش يصلح صداقا، كذا ذكره المحبوبي وقاضي خان – رحمهما الله.

م: (وهذا عند أبي حنيفة – رحمه الله –) ش: أي هذا الحكم عنده م: (لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده، فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه) ش: فيكون ما." (٢)

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٧/١٣

(٢) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣٩/١٣

"وجه الاستحسان: أن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه ورفعه في يده، فإذا تقدم إليه وطولب بتفريغه، يجب عليه، فإذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب إنسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم إذا طولب به كذا هذا، بخلاف ما قبل الإشهاد لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب؛ ولأنا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على أنفسهم فيتضررون به. ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط

ـــــــQالبئر، ونحوه قوله: " هو متعد فيه " جملة وقعت صفة كمباشرة شرط المسألة مصورة فيما إذا بناه مستويا. ثم صار مائلا. وأوضح ذلك تاج الشريعة. - رحمه الله تعالى - قبله، والقياس أن لا يضمن لأن ضمان الجناية بالمباشرة أو التسبب، ولم يوجد شيء منها.

أما المباشرة: فلأنه لم يتصل بالمؤلف فعل من صاحب الحائط. ألا ترى أنه لم يجب عليه الكفارة، ولا يحرم عن الميراث وإن شهد عليه. وأما التسبب: فلأنه أبطل أثر فعل، وهو يعد من المتلف كحفر للبئر والحائط.

وإن كان أثر فعل إلا أنه مباح. لأنه إن فعل حصل في ملكه، وفعل الإنسان في ملكه مباح وأثر فعله المباح لا يصلح سببا للضمان كحفر البئر في ملكه، غاية ما في الباب أنه ترك معروفا وأنه لا يوجب الضمان، كما لو أرسل إنسان دابته في مراع فدخل في زرع إنسان فأخبر بذلك فلم يخرجه حتى أفسد زرعه لم يضمن لهذا المعنى كذا هذا.

م: (وجه الاستحسان: أن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه ورفعه في يده، فإذا تقدم) ش: على صيغة المجهول م: (إليه وطولب بتفريغه، يجب عليه، فإذا امتنع صار متعديا) ش: وتوجه الاستحسان.

قال مالك وإبراهيم النخعي وسفيان الثوري - رحمهم الله - وغيرهم من أئمة التابعين كشريح والشعبي - رحمهم الله - وروي ذلك عن علي - رضي الله عنه -: م: (بمنزلة ما لو وقع ثوب إنسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم إذا طولب به) ش: حتى يضمن إذا ملك في يده م: (كذا هذا، بخلاف ما قبل الإشهاد) ش: فإنه لا يضمن بالإجماع.

وعن بعض أصحاب أحمد وجه: أنه يضمن قبل الإشهاد أيضا، وبه قال ابن أبي ليلى، وأبو ثور وإسحاق م: (لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب، ولأنا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على أنفسهم فيتضررون به. ودفع الضرر العام من الواجب وله) ش: أي ولصحاب الحائط م: (تعلق بالحائط) ش: هذا جواب إشكال وهو أن يقال: الهواء حق العامة، وقد اشتغل بهذا الحائط فينبغي أن يكون تفريغه عليهم، فأجاب بقوله: وله تعلق بالحائط يعني." (١)

"وعلى هذا حكم الشجات. وللمولى أن يفدي من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد؛ لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها، وهي الجنايات المختلفة، بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له أن يفدي من أحدهما ويدفع إلى الآخر؛ لأن الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة، والحق يجب للمقتول، ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها.

قال: فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها

ـــــــQم: (وعلى هذا حكم الشجات) ش: جمع شجة، وفي بعض النسخ: حكم الشجات فالأول جمع كثرة، والثاني جمع

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣/٢٤٧

قلة، بيانه: شج رجلا موضحة وآخر هاشمة، وآخر منقلة، ثم اختار الولي الدفع يدفع إلى صاحب الموضحة سدس العبد، لأن له خمسمائة، وإلى صاحب الهاشمة ثلثه، لأن له ألفا وإلى صاحب المنقلة نصفه، لأن له ألفا وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا م: (وللولي أن يفدي من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد) ش: أشار لهذا إلى أن للمولى أن يخالف في الاختيار، فيفدي من بعضهم إلى آخر ما ذكره م: (لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها، وهي الجنايات المختلفة) ش: لأن كل واحد منهم لا يتعلق حقه بحق صاحبه " فجاز أن يختار في أحدهم خلاف ما يختار في حق الآخر، كما لو انفرد كل واحد منهم.

م: (بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له) ش: أي للمولى م: (أن يفدي من أحدهما ويدفع إلى الآخر؛ لأن الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة) ش: أي جناية واحدة خير فيها بين الدفع فلم يملكه ببعض موجبها م: (والحق يجب للمقتول) ش: أو قيل: هذا **جواب** **إشكال**، وهو أن يقال: الحق إن كان متحدا بالنظر إلى سببه فهو متعدد بالنظر إلى المستحقين " فينبغي أن يكون حكم هذه المسألة مثل المسألة الأولى، فأجاب بقوله: أن الحق يجب للمقتول أولا م: (ثم للوارث خلافة عنه) ش: أي عن الميت، لأن الأصل في الاستحقاق الميت، وهو واحد والوارثان خلف عنه، فكان الاعتبار (في) الاتحاد الأصل، فإذا كان كذلك م: (فلا يملك التفريق في موجبها) ش: أي في موجب الجناية المتحدة.

[أعتق العبد الجاني مولاه وهو لا يعلم]

م: (قال) ش: أي القدوري: م: (فإن أعتقه المولى) ش: أي فإن أعتق العبد الجاني مولاه م: (وهو لا يعلم بالجناية) ش: أي والحال أنه ما علم بالجناية م: (ضمن الأقل من قيمة ومن أرشها) ش: أي ضمن المولى الأقل من قيمة العبد الجاني ومن أرش جناية أيهما كان أقل من الآخر يلزمه ذلك، وبه قال الشافعي، وفي قول مالك: يلزمه تمام الأرش، وبه قال أحمد في رواية، وهو قول مالك.." (١)

"العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل. وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك، قال: العبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية، وهذا الوضع يرد **إشكالا** فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك، وهاهنا قال يجب " قيل: ما ذكر هاهنا **جواب** القياس فيكون الوضعان جميعا – على القياس والاستحسان، وقيل: بينهما فرق، ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهرا؛ لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا، فبعد ذلك وإن بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص. أما هاهنا الصلح لا يبطل الجناية، بل يقررها حيث صالح عنها على مال،

ــــــQالعبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ) ش: أي: نسخ " الجامع الصغير "، وبه صرح فخر الإسلام في " جامعه " وصاحب " الكافي " فيه: م: (رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٢٨٢/١٣

على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك، قال) ش: أي المصنف: م: (العبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية) ش: يعني وإن لم يعتقه رد إلى مولاه، ويجعل الأولياء على خيرتهم بين القتل والعفو م: (وهذا الوضع) ش: قيل: إن الموضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة. وقال الأترازي: أي وضع " الجامع الصغير " في النسخة المعروفة، وفي النسخة الأخرى جميعا م: (يرد **إشكالا**) ش: في هذه المسألة وهي قوله: م: (فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك) ش: يعني ثمة هل تجب الدية لكون العفو عن اليد شبهة؟

م: (وهاهنا) ش: أي في هذه المسألة م: (قال يجب) ش: أي القصاص، وهذا وجه **الإشكال**، ثم أشار المصنف إلى وجه دفع هذا **الإشكال** بقوله: م: (قيل: ما ذكر هاهنا) ش: من وجوب القصاص م: (**جواب** القياس) ش: وما ذكر هناك **جواب** الاستحسان م: (فيكون الوضعان جميعا على القياس) ش: في الأول م: (والاستحسان) ش: في الثاني فاندفع التدافع، وحصل التوافق.

م: (وقيل: بينهما فرق) ش: أي بين الوضعين فرق ظاهر، يعني: بين هذه المسألة ومسألة العفو عن اليد حيث وجب القصاص هنا ولم يجب ثمة، بل وجبت الدية.

م: (ووجهه) ش: أي وجه الفرق م: (أن العفو عن اليد صح ظاهرا؛ لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا) ش: ويبطل به الجناية، لأن العفو عنها يبطله م: (فبعد ذلك وإن بطل حكما) ش: أي حكم العفو بالسراية م: (يبقى موجودا حقيقة، فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص. أما هاهنا الصلح لا يبطل الجناية، بل يقررها حيث صالح عنها على مال) ش: وجب القصاص،." [1]

"إذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك. وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير، أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته، فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حي. ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي، والدار مائة ذراع، والبيت عشرة أذرع: يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم، تسعة منها للورثة، وسهم للموصى له، وهذا عند محمد - رحمه الله -، فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون، فيجعل كل خمسة سهما، فيصير عشرة. وعندهما يقسم على أحد عشر سهما؛ لأن الموصى له يضرب

ــــــــQش: قال تاج الشريعة: " إلا أنه يتعين " هذا **جواب** [عن] **إشكال**، وهو أن يقال: ذكر البيت لما كان التقدير به ينبغي أن لا يجب وقع البيت نفسه إذا وقع في نصيب الموصي م: (إذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين) ش: إحداهما: م: (التقدير) ش: وهي فيما إذا وقع البيت في نصيب شريكه، والأخرى هي قوله م: (والتمليك) ش: يعني البيت.

م: (وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير، أو لأنه) ش: أي أو لأن الموصي م: (أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين) ش: يعني في وقوعه في نصيب الشريك م: (والتمليك) ش: أي وأراد التمليك م: (بعينه على اعتبار الوجه الآخر) ش: يعني في وقوعه في نصيب الموصي، ونظر لذلك بقوله: م: (كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته) ش: بأن

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣/٢٨٩

قال: إذا ولدت أمتي فهو حر وأنت طالق م: (فالمراد في جزاء الطلاق) ش: أي في جزاء الطلاق م: (مطلق الولد) ش: حتى تطلق المرأة بولادة الولد كيف كان حيا أو ميتا.

م: (وفي العتق) ش: أي المراد في العتق م: (ولد حي) ش: لأن الميت ليس بمحل للطلاق، حتى إذا ولدت ميتا ثم ولدت حيا يعتق الحي عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - خلافا لهما.

م: (ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع، يقسم نصيبه) ش: أي نصيب الموصي، وهو خمسون ذراعا م: (بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم، تسعة منها) ش: أي من العشرة م: (للورثة) ش: أي لورثة البيت م: (وسهم للموصى له، وهذا عند محمد - رحمه الله -، فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت، وهم) ش: أي الورثة يضربون م: (بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون، فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة) .

م: (وعندهما) ش: أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى -: م: (يقسم) ش: أي نصيب الموصي بين الموصى له والورثة م: (على أحد عشر سهما؛ لأن الموصى له يضرب." (١)

"العتق في الصحة ليس بوصية، ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر؛ لأن مدعاه العتق في المرض وهو وصية، والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال، فكان منكرا والقول قول المنكر مع اليمين. ولأن العتق حادث، والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات للتيقن بها، فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين، إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد؛ لأنه لا مزاحم له فيه أو تقدم له البينة أن العتق في الصحة؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة، وهو خصم في إقامتها لإثبات حقه. قال: ومن ترك عبدا فقال للوارث: أعتقني أبوك في الصحة، وقال رجل: لي على أبيك ألف درهم فقال: صدقتما فإن العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة - رحمه الله -. وقالا: يعتق ولا يسعى في شيء؛ لأن الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد، فصارا كأنهما كانا معا، والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين.

ـــــــQالعتق في الصحة ليس بوصية، ولهذا ينفذ من جميع المال، والوارث ينكره؛ لأن مدعاه العتق في المرض وهو وصية، والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال، فكان) ش: أي الوارث م: (منكرا، والقول قول المنكر مع اليمين) .

م: (ولأن العتق حادث، والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات للتيقن بها) ش: أي بأقرب الأوقات، وأقرب الأوقات وقت المرض م: (فكان الظاهر شاهدا للوارث، فيكون القول قوله مع اليمين) ش:.

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله -: م: (إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لأنه لا مزاحم له فيه، أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة؛ لأن الثابت كالثابت معاينة، وهو خصم في إقامتها لإثبات حقه) ش: قال الكاكي: هذا **جواب** عن **إشكال** وهو أن الدعوى في العتق شرط لإقامة البينة عدة، فكيف تصح إقامة البينة من غير خصم؟ فقال: هو خصم في إقامة البينة في إثبات حقه. وقال فخر الإسلام: يجب أن يستخلف الوارث إن لم يقم بينة الموصى له بالثلث.

م: (قال) ش: أي محمد في " الجامع الصغير ": م: (ومن ترك عبدا فقال للوارث: أعتقني أبوك في الصحة، وقال رجل: لي

---

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ١٣/٤٣٦

على أبيك ألف درهم فقال: صدقتما فإن العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة – رحمه الله –. وقالا: يعتق ولا يسعى في شيء؛ لأن الدين والعتق في الصحة ظهرا منه بتصديق الوارث في كلام واحد، فصار كأنهما كانا معا. والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين) .." (١)

"الجواز في نظر الشارع بحيث يترتب عليه الثواب لا أنه يترتب عليه حكم من الأحكام الشرعية يدل عليه تنظيره بقصر الصلاة فإن العامل بالعزيمة ثمة بأن صلى أربعا وقعد على الركعتين يأثم مع أن فرضه يتم وتحقيق **جوابه** أن المترخص ما دام مترخصا لا يجوز له العمل بالعزيمة فإذا زال الترخص جاز له ذلك فإن المسافر ما دام مسافرا لا يجوز له الإتمام حتى إذا افتتحها بنية الأربع يجب قطعها والافتتاح بالركعتين كما سيأتي في صلاة المسافر وإذا افتتحها بنية الثنتين ونوى الإقامة أثناء الصلاة تحولت إلى الأربع فالمتخفف ما دام متخففا لا يجوز لها الغسل حتى إذا تكلف وغسل رجليه من غير نزع أثم وإن أجزأه عن الغسل، وإذا نزع الخف وزال الترخص صار الغسل مشروعا يثاب عليه، والعجب أن هذا مع وضوحه لمن تدرب في كتب الأصول كيف خفي على فحل من العلماء الفحول (مرة) إذ لم يسن في المسح التكرار لأنه في الغسل للمبالغة في التنظيف، والمسح ليس له ذلك (ولو) كان الماسح (امرأة) لأن دليل جوازه لم يفرق بينها وبين الرجل مع دخولهن في عمومات الخطاب.

(لا جنبا) لأن المسح ثبت على خلاف القياس في الوضوء فلا يقاس عليه الجنابة ولأن صيغة المبالغة أعني ﴿فاطهروا﴾ [المائدة: ٦] أوجبت كمال التطهير كما سبق وفي المسح يفوت ذلك ثم قالوا الموضع موضع النفي فلا يحتاج إلى التصوير فإن من أجنب بعد لبس الخف على طهارة كاملة لا يجوز له المسح لعدم الدليل لكن قيل صورته أن يلبس خفيه على وضوء تام ثم يجنب في مدة المسح فإنه ينزع خفيه ويغسل رجليه وكذا المسافر إذا أجنب في المدة وليس عنده ماء فتيمم ثم أحدث

ـــــــQبخوض الماء وهو منقول في الظهيرية لكن في صحته نظر فإن كلمتهم متفقة على أن الخف اعتبر شرعا مانعا سراية الحدث إلى القدم فيبقى القدم على طهارتها ويحل الحدث بالخف فيزال بالمسح وبنوا عليه منع المسح للمتيمم والمعذور من بعد الوقت وغير ذلك من الخلافيات وهذا يقتضي أن غسل الرجل في الخف وعدمه سواء إذا لم يبتل معه ظاهر الخف في أنه يعني الغسل لم يزل به الحدث لأنه في غير محله فلا تجوز الصلاة به لأنه صلى مع حدث واجب الرفع إذ لو لم يجب الغسل والحال أنه لا يجب غسل الرجل جازت الصلاة بلا غسل ولا مسح فصار كما لو ترك ذراعيه وغسل محلا غير واجب الغسل كالفخذ ووزانه في الظهيرية بلا فرق لو أدخل يده تحت الجرموقين فمسح الخفين وذكر فيها أنه لم يجز وليس إلا لأنه في غير محل الحدث، والأوجه في ذلك الفرع كون الإجزاء إذا خاض النهر لابتلال الخف ثم إن انقضت المدة إنما لا يتقيد بها لحصول الغسل بالخوض والنزع إنما وجب للغسل وقد حصل انتهى كلام الكمال – رحمه الله – (وأقول) وبالله التوفيق يمكن أن يقال إن نفي الفرق فيه تأمل وإن الأوجهية إنما هي على ما إذا خاض الماء لا على ما إذا تكلف وغسل رجليه

(١) البناية شرح الهداية بدر الدين العيني ٤٥٢/١٣

داخله ولم يحكم ذلك الفرع بالإجزاء بالخوض فيما ذكر صريحا بل ببطلان المسح ووجه التأمل هو أنه قد حكم أنه لم يرتفع الحدث بغسل الرجل داخل الخف لكونه كغسل ما لم يجب فلم يقع معتدا به ثم حكم بصحته بعد تمام المدة فلم يوجب النزع لحصول الغسل داخل الخف وهذا يؤيد ثبوت الفرق ثم رأيت بعد ما ظهر لي هذا أن تلميذه المحقق ابن أمير حاج تعقبه بأنه يجب غسل رجليه ثانيا إذا نزعهما أو انقضت المدة وهو غير محدث.

وذكر وجهه في البحر وأجاب شيخنا العلامة المحبي أدام الله نفعه عن هذا بأن منع صحة الغسل داخل الخف الآن إنما هو باعتبار المانع فإذا زال المانع عمل المقتضي عمله لحصوله بعد الحدث في الحقيقة حال التخفف فإذا نزع أو تمت المدة لا يجب الغسل لظهور عمل المقتضي الآن اهـ.

ويمكن أن يقال إن الغسل كما ذكره الكمال غير معتبر أصلا لوقوعه في غير أعضاء الوضوء فلا يظهر تأثيره بعد نزع الخف هذا وقد علمت أن كلا من تنظير الكمال وصاحب الدرر في **إشكال** الزيلعي بملحظ غير ما لحظه الآخر وقد نقلهما جميعا صاحب البحر ولم يذكر ما قلناه، والحمد لله على هداه ثم نقل في البحر أنه إذا ابتل قدمه لا ينتقض مسحه على كل حال ولو بلغ الماء الركبة ثم قال فقد علمت صحة ما بحثه المحقق في فتح القدير اهـ.

قلت لكن لا يلزم من وجود فرع يخالف فرعا غيره بطلانه كيف وقد ذكره قاضي خان في فتاويه بقوله ماسح الخف إذا دخل الماء خفه وابتل من رجله قدر ثلاثة أصابع أو أقل لا يبطل مسحه لأن هذا القدر لا يجزئ عن غسل الرجل فلا يبطل به حكم المسح وإن ابتل به جميع القدم وبلغ الكعب بطل المسح مروي ذلك عن أبي حنيفة – رحمه الله – اهـ.

وذكره أيضا في التتارخانية ثم قال: ويجب غسل الرجل الأخرى ذكره في حيرة الفقهاء وعن الشيخ الفقيه أبي جعفر إذا أصاب الماء أكثر إحدى رجليه ينتقض مسحه، ويكون بمنزلة الغسل وبه قال بعض المشايخ.

وفي الذخيرة وهو الأصح محيط وبعض مشايخنا قالوا لا ينتقض على كل حال اهـ.

وسيذكره المصنف أيضا عنها وقال الزيلعي في نواقض المسح: وذكر المرغيناني أن غسل أكثر القدم ينقضه في الأصح اهـ.

فهذا نص على أصحية الفرع وضعف ما يقابله (قوله: يأثم) في تأثيمه نظر لا يخفى.

(قوله: ملبوسين على طهر تام) أقول الأولى على وضوء تام لأن الطهارة التامة تشمل التيمم ولا يجوز للمتيمم المسح لأنه لو جاز له كان الخف رافعا لا مانعا.

(قوله: حتى لو غسل رجليه ولبس ثم أتم الوضوء. . . إلخ) في هذا التمثيل نظر لأن هذه الصورة تمتنع عند الشافعي – رحمه الله – لوجهين عدم الترتيب في الوضوء وعدم كمال الطهارة قبل اللبس والذي يمتنع عنده الثاني فقط ما لو توضأ مرتبا لكنه لبس اليمنى قبل اليسرى ثم أحدث بعد لبس اليسرى.." [1]

"(وصلى) قاعدا (بركوع وسجود) ، وإن قدر على بعض القيام قام بأن كان قادرا على التكبير قائما أو على التكبير وبعض القراءة فإنه يؤمر بالقيام قال شمس الأئمة هو المذهب الصحيح، ولو ترك هذا خيف أن لا تجوز صلاته (وإن تعذرا)

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام منلا خسرو ٣٤/١

أي الركوع والسجود لا القيام (أومأ قاعدا) وهو أفضل من الإيماء قائما.

(و) لكن (سجوده أخفض من ركوعه) ؛ لأن الإيماء قائم مقامهما فأخذ حكمهما ولا يرفع إليه شيء ليسجد عليه لقوله - صلى الله عليه وسلم - لمريض دخل عليه عائدا «إن قدرت أن تسجد على الأرض فاسجد وإلا فأومئ» (ولو رفع إليه شيء وخفض رأسه أو سجد على ما لا يجد حجمه) ولا تستقر عليه جبهته (جاز) لوجود الإيماء وإلا فلا (وإن تعذر) أي القعود (أومأ مستلقيا ورجلاه نحو القبلة) لقوله - صلى الله عليه وسلم - «يصلي المريض

ـــــــQيفترش رجله اليسرى في جميع صلاته والصحيح ما روي عن أبي حنيفة؛ لأن عذر المرض أسقط عنه الأركان فلأن يسقط عنه الهيئات أولى، كذا في البدائع.

وفي الخلاصة والتجنيس الفتوى على قول زفر؛ لأن ذلك أيسر على المريض ولا يخفى ما فيه إذ الأيسر عدم التقييد بكيفية من الكيفيات فالمذهب الأول اهـ ما في البحر قلت ولا يخفى أن هذا وارد على حكاية الإجماع على أنه يجلس في حال التشهد كما يجلس للتشهد فينبغي عدم التقييد فيه أيضا.

(قوله وصلى قاعدا) أي، ولو مستندا إلى حائط أو إنسان فإنه يجب عليه كذلك ولا تجزئه مضطجعا، كذا في الجوهرة عن النهاية قلت فقوله يجب المراد به اللزوم وبه صرح الكمال وهو المختار كما في التبيين.

(قوله: وإن قدر على بعض القيام قام) أقول أي، ولو متكئا لما في التبيين لو قدر على القيام متكئا قال الحلواني الصحيح أنه يصلي متكئا ولا يجزئه غير ذلك، وكذلك لو قدر على أن يعتمد على عصا أو خادم له فإنه يقوم ويتكئ خصوصا على قول أبي يوسف ومحمد اهـ. والتقييد بالقدرة على كل القيام كما في البرهان لا ينفي لزوم الاتكاء في البعض بل يفيد لزومه؛ لأن البعض معتبر بالكل.

(قوله أومأ) بالهمز كما في الجوهرة.

(قوله وهو أفضل من الإيماء قائما) ، كذا في الهداية وغيرها؛ لأنه أشبه بالسجود.

وقال خواهر زاده يومئ للركوع قائما وللسجود قاعدا، وقال زفر كالشافعي يومئ بهما قائما لا يجزئه غيره كما في التبيين قلت وفيه إيماء إلى جواز الإيماء قائما كما صرح به في البرهان فما في المجتبى، وإن أومأ بالسجود قائما لم يجز وهذا أحسن وأقيس كما لو أومأ بالركوع جالسا لا يصح على الأصح اهـ يمكن أن يكون على قول خواهر زاده، وقد ضعف قوله لنقله في البرهان بصيغة قيل ولذا قال صاحب البحر بعد نقله لما في المجتبى والظاهر من المذهب جواز الإيماء بهما قائما وقاعدا كما لا يخفى. اهـ.

(قوله: ولو رفع إليه شيء وخفض. . . إلخ) أقول لكنه يكره فالمراد بالجواز الصحة لا الحل واستدل للكراهة بنهيه - عليه الصلاة والسلام - عنه وهو يدل على كراهة التحريم وأراد بخفض الرأس خفضها للركوع ثم للسجود أخفض من الركوع حتى لو سوى لم يصح كما ذكره في البحر عن الولوالجي اهـ.

وفي إطلاق اسم السجود في قوله أو سجد على ما لم يجد حجمه تجوز؛ لأن حقيقة السجود ما عجز عنه وهو وضع بعض الجبهة على الأرض كما قدمناه.

(قوله لوجود الإيماء) قال في البحر عن المجتبى قد كان كيفية الإيماء بالركوع والسجود متشبها على أنه يكفيه بعض الانحناء

أو أقصى ما يمكن إلى أن ظفرت بحمد الله على الرواية وهو ما ذكر شمس الأئمة الحلواني أن المومئ إذا خفض رأسه للركوع شيئا ثم للسجود شيئا جاز، ولو وضع بين يديه وسائد وألصق جبهته عليها ووجد أدنى الانخفاض جاز عن الإيماء ومثله في التحفة، وذكر أبو بكر إذا كان بجبهته وأنفه عذر يصلي بالإيماء ولا يلزمه تقريب الجبهة إلى الأرض بأقصى ما يمكن وهذا نص في الباب اهـ قلت وقيد بكون العذر بكل من الجبهة والأنف لجواز الإيماء فأفاد أنه لا يجوز عند انفراد أحدهما به، وقد نص عليه في الجوهرة لو كان بجبهته قروح لا يستطيع السجود عليها لم يجزه الإيماء وعليه أن يسجد على أنفه لا يجزئه غير ذلك اهـ.

ولعل هذا على المرجوح وهو جواز الاكتفاء بالأنف أو الجبهة. وأما على الراجح وهو أن الاقتصار على الأنف لا يجوز، وإن وجب ضمه إلى الجبهة فينبغي أن لا يجزئه الإيماء مع قدرة السجود على الأنف، وإن أثم بترك الواجب فليتأمل.

(قوله لقوله – عليه الصلاة والسلام – «يصلي المريض قائما» . . . إلخ) ذكره في الهداية، وقال الكمال هو غريب والله أعلم اهـ.

وكتب عليه بعض معاصريه أن قول الكمال غريب، وذكر له وجها ثم قرئ ذلك على الكمال فقال قول المعترض علي في قولي غريب ليس واردا، وذكر وجهه ثم قال فقولي غريب ليس بغريب كما ذكر وما تكلفه أي المعترض من الإشكال فليس بشيء لمن تأمل في ذلك اهـ. ولولا الإطالة لأثبت جميع ذلك.

(قوله: وإن تعذر أي العقود أومأ مستلقيا. . . إلخ) ، كذا في الهداية ثم قال فإن استلقى على جنبه، ووجهه إلى القبلة وأومأ جاز لما روينا من قبل إلا أن الأولى هو الأول عندنا خلافا للشافعي اهـ.

وقال في البحر التخيير بين الاستلقاء على القفا والاضطجاع على الجنب جواب الكتب المشهورة كالهداية وشروحها وفي." (١)

"أعتق بعض عبده لم يعتق كله) خلافا لهما وللشافعي حيث يقولون: يعتق كله وحاصل الخلاف أن إعتاق البعض هل يوجب زوال الرق عن المحل كله أم لا فعنده لا يوجب بل يبقى المحل رقيقا ولكن زوال الملك بقدره وعندهم يوجبه، لهم أن الإعتاق إثبات العتق الذي هو قوة حكمية وإثباتها بإزالة ضدها الذي هو الرق وهما لا يتجزآن بالاتفاق فكذا الإعتاق وإلا لزم تخلف المعلول عن العلة أو تجزيء العتق؛ لأنه إذا تجزأ فإما أن يثبت بإعتاق البعض إعتاق الكل أو لا يثبت شيء أو يثبت بعضه وعلى كل من الأولين يلزم تخلف المعلول عن العلة وعلى الأخير يلزم تجزيء العتق فصار الإعتاق كالطلاق، والعفو عن القصاص، والاستيلاد في عدم التجزيء، وله أن الإعتاق إما إثبات العتق بإزالة الملك أو إزالة الملك ابتداء لا إثبات العتق بإزالة ضده الذي هو الرق ولا إزالة الرق ليلزم عدم التجزيء وذلك؛ لأن الإعتاق تصرف وكل ما هو تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف وولاية المتصرف إنما تكون على ما هو حقه وحق المالك وولايته إنما تكون على الملك، والملك متجزئ بالإجماع لكن يتعلق به أمر غير متجزئ وهو العتق وتعلقه به لا يستلزم تجزيه كجواز الصلاة فإنه أمر غير متجزئ تعلق بمتجزئ وهو الأركان، هذا ملخص ما ذكره القوم في هذا المحل وأنت خبير بأنه لا يفيد الجواب عن دليلهم إلا بتحقيق

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام منلا خسرو ١٢٨/١

مرام الإمام ورفع **الإشكال** الوارد على الإمام في هذا المقام بأن العتق مطاوع للإعتاق فكيف يتصور تجزيء الفعل وعدم تجزيء مطاوعه وإن أردت العثور على تحقيق المرام فاستمع لما ألقي عليك من الكلام فأقول وبالله التوفيق وبيده مقاليد التحقيق: إن المعنى الحقيقي للإعتاق إثبات العتق الذي هو قوة شرعية كما قالوا ومن البين أن إثباته من حيث هو كذلك خارج عن قدرة البشر وإنما هو مقدور خالق القوى والقدر فإذا امتنع المعنى الحقيقي وجب أن يصار إلى المجاز كما هو القاعدة المقررة، وأقرب المعاني المجازية إلى الحقيقة هنا أمران أحدهما إثبات القوة الشرعية بإزالة الملك بأن يكون الصادر من العبد إزالة الملك ويترتب عليه ثبوت القوة الشرعية ونظيره الكسب والخلق في أفعال العباد فإن الأول مقدور العبد ويترتب عليه مقدور الله، والمعنى الثاني إزالة الملك وهو ظاهر وبهذا يخرج **الجواب** عن دليلهم المذكور ويندفع أيضا **الإشكال** المشهور أما الأول فبأن يقال لا نسلم أن الإعتاق إثبات القوة الشرعية فإن صدوره عن العبد محال فكيف يصح إسناده إليه حقيقة فإذا بطلت هذه المقدمة بطل ما يترتب عليها، وأما الثاني فبأن يقال إن أردتم بكون العتق مطاوعا للإعتاق كونه كذلك بحسب معناه الحقيقي سلمنا لكن المراد هاهنا ليس ذلك المعنى كما عرفت بل معناه المجازي ويجوز تخلف مطاوع الفعل عن معناه المجازي، كما في كسرته فلم ينكسر؛ لأن معناه أردت كسره فلم ينكسر، وإن أردتم به كونه مطاوعا للمعنى المراد هاهنا فلا نسلم ذلك فإنه إما إزالة الملك أو ما هو مسبب عنها وظاهر أن تجزيء إزالة الملك لا يستلزم تجزيء العتق بل تجزيء زوال الملك ولا محذور فيه بل الأمر كذلك فإنه إذا أعتق البعض زال بعض ملك المولى وهو ملك اليد وبقي ملك الرقبة فصار كالمكاتب ولهذا عقبها بالمسألة.

ـــــــQقوله: فإن الأول مقدور العبد ويترتب عليه مقدور الله تعالى) يوهم القول بعدم مقارنة المعلول للعلة وهو مخالف لقولنا بمقارنتها له." (١)

"فيعتق نصفه (ولو) كان هذا القول منه (في المرض ومات) قبل البيان وقيم العبيد متساوية فإن كان له مال يخرج قدر المعتق من الثلث وذلك رقبة وثلاثة أرباع رقبة عندهما ورقبة ونصف رقبة عنده أو لم يخرج ولكن أجازت الورثة **فالجواب** كما ذكر، وإن لم يكن له مال سوى العبيد ولم تجز الورثة (قسم الثلث) بينهم (على هذا) أي على ما وصفنا وبيانه أن حق الخارج في النصف، وحق الثابت في ثلاثة الأرباع وحق الداخل عندهما في النصف أيضا فيحتاج إلى مخرج له نصف وربع وأقله أربعة فتعول إلى سبعة فحق الخارج في سهمين وحق الثابت في ثلاثة وحق الداخل في سهمين فبلغت سهام العتق سبعة فيجعل ثلث المال سبعة؛ لأن العتق في المرض وصية ومحل نفاذها الثلث وإذا صار ثلث المال سبعة صار ثلثا المال أربعة عشر، وهي سهام السعاية وصار جميع المال أحدا وعشرين وماله ثلاثة أعبد فيصير كل عبد سبعة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة ويعتق من الداخل سهمان، ويسعى في خمسة ويعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في أربعة فبلغ سهام الوصايا سبعة وسهام السعاية أربعة عشر فاستقام الثلث والثلثان.

وعند محمد – رحمه الله تعالى – حق الداخل في سهم وكانت سهام العتق عنده ستة ويجعل كل رقبة ستة، وسهام السعاية اثني عشر وجميع المال ثمانية عشر فيعتق من الثابت ثلاثة، ويسعى في ثلاثة ومن الخارج سهمان ويسعى في أربعة ومن

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام منلا خسرو ٧/٢

الداخل سهم ويسعى في خمسة فيستقيم الثلث والثلثان أقول يرد على ظاهره أن أرباب الفرائض صرحوا بأن الأربعة لا تعول فكيف يصح قوله وأقله أربعة فتعول إلى سبعة ودفعه أن معناه على ما ذكر شراح كلامهم لا يتصور في مسألة قط اجتماع نصفين وربع وهذا لا ينافي وقوع العول فيها فيما سوى قسمة التركة (ولو طلق كذلك قبل وطء سقط ربع مهر من خرجت وثلاثة أثمان من ثبتت وثمن من دخلت) يعني إن كان له ثلاث زوجات مهرهن على السواء فطلقهن قبل الوطء على الوجه المذكور فبالإيجاب الأول سقط نصف مهر الواحدة منصفا بين الخارجة والثابتة فسقط ربع مهر كل واحدة ثم بالإيجاب الثاني سقط الربع منصفا بين الثابتة والداخلة فأصاب كل واحدة الثمن فسقط ثلاثة أثمان مهر الثابتة بالإيجابين وسقط ثمن مهر الداخلة وإنما فرضت المسألة في الطلاق قبل الوطء ليكون الإيجاب الأول موجبا للبينونة فما أصاب الإيجاب الأول لا يبقى محلا للإيجاب الثاني فيصير في هذا المعنى كالعتق.

(الوطء والموت بيان في طلاق مبهم) يعني إذا قال لامرأتيه: إحداكما طالق فوطئ إحداهما أو ماتت فكل منهما بيان أن المراد هي الأخرى أما الوطء فلأن النكاح عقد وضع لحل الوطء، والطلاق وضع لإزالة ملك النكاح أي لإزالة حل الوطء إما في الحال أو بعد انقضاء العدة فالوطء دليل على أن الموطوءة لم تكن مرادة بالطلاق، وأما الموت فلما عرف أن البيان إنشاء من وجه فلا بد له من محل (كبيع وموت وتدبير واستيلاد وهبة وصدقة مسلمتين في عتق مبهم) أي إذا قال

ـــــــ(قوله: وقيم العبيد متساوية) ليس هذا القيد لازما حكما (قوله: قسم الثلث على هذا) قال الكمال: ولا يخفى أن الحاصل للورثة لا يختلف اهـ.

يعني بحسب جعل سهام العتق ستة أو سبعة، (قوله: لا يتصور في مسألة قط اجتماع نصفين) في إلحاق قط للمنفي بلا تسامح (قوله: وثمن من دخلت) هذه حجة محمد عليهما فألزمهما المناقضة، **والجواب** عنها، والكلام على تفاريعها في الفتح (قوله: مهرهن على السواء) الكلام عليه كالكلام على قيمة العبيد فيما تقدم.

(قوله:، والوطء والموت بيان في طلاق مبهم) هذا إذا كان الطلاق قبل الدخول أو بائنا؛ لأنه لو كان رجعيا لا يكون الوطء بيانا لطلاق الأخرى لحل وطء المعلقة رجعيا، ذكره في الفتح عن النوادر ونقله ابن الضياء عن قنية المنية اهـ.

إلا أن فيه نوع **إشكال** لما قالوا أن المسلم لا يفعل خلاف السنة، والسنة أن لا يطأ المطلقة طلاقا رجعيا قبل رجعتها بالقول فما وجه حمله ههنا على هذا مع حملهم إياه في غير هذا المحل على عدم مخالفة السنة.

(تنبيه) : لا يثبت البيان في الطلاق بالمقدمات كما في الزيادات.

وقال الكرخي: يثبت بالتقبيل كما يحصل بالوطء كذا في الفتح (قوله: كبيع) شامل لما فيه الخيار لأحد المتبايعين، وللفاسد بدون قبض على الصحيح كما في الفتح، والإيصاء، والإجارة، والتزويج، والعرض على البيع كالبيع كما في التبيين (قوله: وتدبير) كذا الكتابة، والتحرير بيان كما في البحر وسواء كان التحرير منجزا أو معلقا كما في التبيين، والمراد بالمنجز ما لا نية له فيه فإن قال عنيت به الذي لزمني بقولي: أحدكما حر صدق قضاء، ويحمل قوله: أعتقتك على اختيار العتق أي اخترت عتقك كذا في البحر (قوله: وهبة وصدقة مسلمتين) هذا القيد اتفاقي لما قال الزيلعي عن الكافي: ذكر التسليم في

الهبة والصدقة في الهداية وقع اتفاقا يعني لا يحتاج إليه.
وقال الكمال: قالوا ذكر الإقباض توكيد لا للشرط لما في المبسوط، والمحيط وغيرهما: أن البيان باعتبار دلالة تصرف يختص بالملك." (١)

"الأفعال المباحة لا تجوز مباشرتها إلا بشرط أن لا يؤذي أحدا فإن آذى فقد ترك التحرز فأثم وأما كونه دونه فلعدم القصد (والكفارة والدية) أما كونهما حكم الخطأ فبالنص وأما كونهما حكم الجاري مجراه فظاهر (وحرمان الإرث) لاحتمال أن يقصد استعجال الميراث وأظهر من نفسه القصد إلى محل آخر وأن يكون متناوما لم يكن نائما قصدا إلى استعجال الإرث

وذكر الخامس بقوله (وإما قتل بالسبب) أي بكونه سببا للقتل (كإتلافه بحفر البئر أو وضع الحجر في غير ملكه) قيد للحفر والوضع (أو) وضع (خشبة على قارعة الطريق ونحوه) مما هو سبب للإتلاف (إلا أن يمشي) الهالك (عليه) أي على البئر ونحوه (بعد علمه بالحفر ونحوه) فحينئذ لا يلزم شيء على الحافر ونحوه (وحكمه الدية على العاقلة) لأن الفاعل سبب التلف وهو متعد فيه فكأنه موقع في البئر ودافع عليه الحجر فوجب الدية وهي على العاقلة (بلا كفارة ولا إثم القتل) لأن القتل منه معدوم حقيقة وألحق به الخطأ في حق الضمان فبقي في حق غيره على الأصل وإنما قال ولا إثم القتل لأنه يأثم بالحفر في غير ملكه (ولا إرث إلا هنا) لأن الحرمان بسبب القتل ولا قتل هنا

(باب ما يوجب القود وما لا يوجبه) (يجب بقتل معصوم الدم عمدا) قيد للقتل (بشرائط ذكرت) من كون القاتل مكلفا. . . إلخ (فيقتل الحر بالحر) لتمام المماثلة (وبالعبد) وعند الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى ﴿الحر بالحر والعبد بالعبد﴾ [البقرة: ١٧٨] ولنا إطلاق قوله تعالى ﴿أن النفس بالنفس﴾ [المائدة: ٤٥] والتخصيص بالذكر لا ينفي ما عداه لا يقال لو دل لوجب أن لا يقتل العبد بالحر لأن الشافعي يجيب عنه بأنه تفاوت إلى النقصان فلا يمنع وبه يندفع ما قال صدر الشريعة على أنه إن دل يجب أن لا يقتل العبد بالحر لقوله تعالى ﴿والعبد بالعبد﴾ [البقرة: ١٧٨] (والمسلم بالذمي) وعند الشافعي لا يقتل لقوله - صلى الله عليه وسلم - «لا يقتل مؤمن بكافر» ولنا ما روي «أنه - صلى الله عليه وسلم - قتل مسلما بذمي» وقول علي - رضي الله عنه - إنما أعطوا الجزية لتكون أموالهم كأموالنا ودماؤهم كدمائنا والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة فكأنه قال لا يقتل مؤمن ولا ذمي بكافر فيكون مستأمنا ضرورة (لا هما) أي لا يقتل مسلم وذمي (بمستأمن) غير معصوم الدم على التأبيد كما مر (بل هو بمثله) أي يقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة بينهما ولا يقتل استحسانا لقيام مبيح القتل (و) يقتل (العاقل بالمجنون والبالغ بالصبي والصحيح بالأعمى والزمن وناقص الأطراف والرجل بالمرأة) للعمومات (والفرع بأصله وإن علا) لعدم المسقط (لا عكسه) أي لا يقتل الأصل بفرعه يتناول الأب والجد والجدة لقوله - صلى الله عليه وسلم - «لا يقاد الولد بولده» (ولا سيد بعبده ومدبره

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام منلا خسرو ١١/٢

ومكاتبه وعبد ولده) لأنه لا يستوجب لنفسه القصاص على نفسه ولا ولده عليه (وعبد بعضه له) لأن القصاص لا يتجزأ (ولا) أي لا يقتل قاتل عبد الرهن حتى يجتمع عاقداه (أي الراهن والمرتهن) لأن المرتهن لا ملك له فلا يلي القصاص والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الرهن فشرط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه.

وذكر في العيون والجامع الصغير لفخر الإسلام وغيرهما

ـــــــQقوله ولا إرث إلا هنا) مستغنى عنه في الجملة لأنه قدم كل واحد من الأقسام مع حكمه إلا شبه العمد كما ذكرنا

[باب ما يوجب القود وما لا يوجبه]

(قوله والفرع بأصله وإن علا) أي سواء كان من وجه الأب أو الأم (قوله ولا قاتل عبد الرهن حتى يجتمع عاقداه) قال في شرح المجمع وإنما وجب حضور المرتهن ليسقط حقه برضاه ولا يرجع به على الراهن وفيه نوع **إشكال** لأن الاستيفاء قد تم بالهلاك فكيف يعتبر رضاه لسقوط حقه؟ يمكن **الجواب** عنه بأن الاستيفاء غير متعذر لاحتمال عدم القود إما بالصلح أو بدعوى الشبهة في القتل فيصير خطأ كذا في الكفاية اهـ.

وحكم ما إذا حضر أحدهما واقتص يطلب من مجمع الروايات (قوله وذكر في العيون. . . إلخ)

قال في الظهيرية وهو أقرب إلى النفقة (قوله وغيرهما) منه ما في المحيط من المشي على عدم القود ولم يذكر خلافه ولو اجتمع الراهن ومرتهنه." (١)

"فلا يجوز، **والجواب** عن الحديث أنه محمول على خيار القبول أي قبول كل واحد من المتعاقدين العقد في المجلس، وفائدته دفع توهم أن الموجب بعدما أوجب لا يكون له أن يرجع لخيار الفسخ بعد الإيجاب والقبول لا القبول المقابل للإيجاب؛ لأنه ظاهر لا يحتاج إلى البيان وفي الحديث إشارة إليه؛ لأن الأحوال ثلاث: حال لم يوجد فيها الإيجاب والقبول وحال وجدا فيها وانقضيا وحال وجد فيها أحدهما والآخر موقوف وإطلاق اسم المتبايعين عليهما في الأولى مجاز باعتبار ما يئول إليه، وفي الثانية مجاز باعتبار ما كان وفي الثالثة حقيقة لما تقرر في موضعه أن اسم الفاعل حقيقة في الحال أي أجزاء من أواخر الماضي وأوائل المستقبل وهي حال المباشرة بأن يقبل أحدهما في المجلس، والآخر متوقف فيه فتعين الثالثة فإنهما متبايعان حقيقة حال المباشرة لا ما قبلها ولا ما بعدها أو يحتملها فيحمل عليها لئلا يلزم إبطال حق الآخر، والتفرق المذكور في الحديث محمول على تفرق الأقوال بأن يقول أحدهما بعت ويقول الآخر لا أشتري أو بالعكس حيث لا يبقى الخيار بعده، فإن قيل التفرق يكون بعد الاجتماع وهو لا يتصور هاهنا قلنا المراد بالتفرق عدم الاجتماع ابتداء وهذا مبني على قاعدة مقررة في المفتاح والكشاف فإنهم يقولون ضيق فم الركية ووسع كم الثوب والمراد في الأول جعل فم الركية ضيقا ابتداء وفي الثاني جعل كم الثوب واسعا ابتداء فلا تغفل.

(وكفى) في صحة البيع (الإشارة في أعواض) أعم من المبيع والثمن (غير ربوية) احتراز عن بيع درهم ودينار وحنطة ونحوها

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام منلا خسرو ٩١/٢

بجنسها فإن الإشارة فيه لا تكفي بل لا بد من مساواتها قدرا لاحتمال الربا كما سيأتي، وإنما كفت الإشارة لكونها أبلغ طرق التعريف فلا يحتاج إلى بيان القدر والوصف بخلاف السلم فإن معرفة قدر المسلم فيه ووصفه واجبة فيه لكونه غير مشار إليه كما سيأتي (وشرط معرفة مبيع يسلم) أي يحتاج إلى التسليم احتراز عما إذا أقر أن لفلان عنده متاعا فاشتراه منه ولم يعرفه فإنه يجوز لعدم احتياجه إلى التسليم ذكره الزاهدي (بما) متعلق بمعرفة (يرفع الجهالة) المفضية إلى النزاع المفضي إلى فساد البيع بأن باع غائبا وأشار إلى مكانه وليس فيه مسمى بذلك الاسم غيره فإنه جائز كما سيأتي في خيار الرؤية.

(و) شرط أيضا معرفة (قدر ثمن) كعشرة مثلا كائن (في الذمة) احتراز عن المشار إليه كما سبق وما يحصل فيها هو المكيلات والعدديات المتقاربة والموزونات كالدراهم والدنانير وسائر ما يوزن إذا قوبلت بالأعيان القيمية (و) معرفة (وصفه) ككونه بخاريا أو سمرقنديا؛ لأن جهالتهما تفضي إلى النزاع فيعرى العقد عن المقصود.

(وصح) البيع (بحال) أي بثمن حال (ومؤجل) لإطلاق قوله تعالى ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة: ٢٧٥] وعنه - صلى الله عليه وسلم - «أنه اشترى من يهودي ثوبا إلى أجل ورهنه درعه» ولا بد أن يكون الأجل معلوما؛ لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه في قريب المدة، وذلك يسلم في بعيدها كذا في الهداية والكافي وغيرهما أقول فيه **إشكال**؛ لأن نص البيع مطلق كما قالوا، واشتراط معلومية الأجل بالدليل العقلي تقييد المطلق بالرأي وهو غير صحيح لما تقرر في الأصول أن تقييد المطلق نسخ

ـــــــQقوله ونحوها) يعني نحو الثلاثة بجنسها (قوله فلا يحتاج إلى بيان القدر والوصف) أقول ولكن لا تسقط الجودة حتى لو أراه دراهم، وقال اشتريت بهذه فوجدها زيوفا أو نبهرجة كان له أن يرجع بالجياد كما في البرهان (قوله واجبة فيها) لعله واجب فيه إذ الضمير راجع للمسلم فيه (قوله ولم يعرفاه) يعني مقداره (قوله وأشار إلى مكانه. . . إلخ) بل يصح البيع، وإن لم يشر إلى مكانه وأعم منه وبيع نصيبه من مشترك لغير شريكه بغير اختلاط المثلي ولي فيه رسالة.." (١)

"فخاف على الباقي إن تبعها) كذا في الخانية (لا يسافر بعبد) مؤجر (للخدمة بلا شرطه) ؛ لأن في خدمة السفر زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق -

(لا يسترد مستأجر أجر عمل عبد محجور) يعني إذا استأجر عبدا محجورا شهرا وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر؛ لأن هذه الإجارة بعد الفراغ صحيحة استحسانا؛ لأن فسادها لرعاية حق المولى فيعد الفراغ رعاية حقه في الصحة ووجوب الأجر له -

(ولا يضمن آكل غلة عبد غصبه فأجر هو) أي العبد (نفسه) يعني رجل غصب عبدا فأجر العبد نفسه وسلم عن العمل صحت الإجارة لكونه نفعا في حق المولى، فإن أخذ العبد الأجر فأخذ الغاصب الأجر منه فأكله لا يضمن عند أبي حنيفة وقالا يضمن؛ لأنه أتلف مال الغير بلا تأويل؛ لأن الأجر مال المولى وله أنه أتلف مالا غير متقوم في حق التلف فلا يضمن

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام منلا خسرو ٢/١٤٥

كنصاب السرقة بعد القطع (كما إذا أجره الغاصب) ، فإنه إذا أجر عبدا غصبه وأخذ الأجرة وأتلفه لا يضمن؛ لأن الأجر له (وصح للعبد قبضها) أي الأجرة الحاصلة من إيجار نفسه اتفاقا؛ لأنه نفع محض مأذون فيه كقبول الهبة، وفائدته تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الأجرة، فإنه يحصل بالأداء إليه (ويأخذها مولاه قائمة) ؛ لأنه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك كما في نصاب السرقة بعد القطع، فإنه غير متقوم وملك للمالك.

(استأجر عبدا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة صح على الترتيب) المذكور؛ لأن الشهر المذكور أولا ينصرف إلى ما يلي العقد تحريا للجواز فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة حكم (الحال إن اختلفا في إباق العبد أو مرضه وجرى ماء الرحى) يعني استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر والعبد مريض أو آبق واختلفا فقال المستأجر مرض هو أو أبق من أول المدة وقال المؤجر في آخرها حكم الحال، فإن كان العبد آبقا أو مريضا في الحال يحكم بأنه كذلك من أول المدة فلا يجب الأجر، وإن لم يكن آبقا أو مريضا يحكم بأنه كذلك من أول المدة فيجب الأجر وكذا الاختلاف في جري ماء الرحى -

(القول لرب الثوب في القميص والقباء والصفرة والحمرة) يعني إذا قال رب الثوب للخياط أمرتك أن تخيط ثوبي قباء فخطته قميصا أو للصباغ أمرتك أن تصبغ ثوبي أحمر فصبغته أصفر وقال الخياط والصباغ ما أمرتني هو الذي فعلته فالقول في الصورتين لرب الثوب مع اليمين؛ لأن الإذن يستفاد من قبله فكان القول قوله فيما أذن فيه، فإذا لم يكن لهما بينة فحلف رب الثوب في الصورة الأولى خير إن شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول ولا أجر له، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به المسمى؛ لأنه امتثل أمره في أصل ما أمر به وهو القطع والخياطة لكن خالفه في الصفة فيختار أيهما شاء وفي الثانية خير إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض، وإن شاء أخذ ثوبه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى أيضا.
(و) القول لرب الثوب (في الأجر وعدمه) أي صدق رب الثوب مع يمينه في قوله عملت لي مجانا والصانع قال بل بأجر؛ لأنه ينكر العقد؟ ووجوب الأخرى وتقوم عمله
ـــــــــQقوله: فخاف على الباقي إن تبعها) أقول يعني خاف الضياع فهو عذر عند أبي حنيفة؛ لأنها ضاعت بغير فعله وهما ضمناه لتركه اتباعه بحسب وسعه كما في البرهان

(قوله: لا يسترد أجر عبد محجور) أقول وكذا لا يسترد أجر الصبي المحجور استحسانا فيهما كما في البرهان

(قوله: فأجر هو أي العبد نفسه) أي من غير الغاصب فالهاء من فأجره زائدة في نسخة

(قوله: والعبد مريض أو آبق) أقول لو حذف هذا لكان أولى ليتجه قوله بعده، فإن كان آبقا أو مريضا لا يجب الأجر، وإن لم يكن يجب وإلا فكيف يحكم بمرضه وإباقه ثم يردد بينه وبين عدمه (قوله: وقال المؤجر في آخرها) أقول وكذا الحكم لو أنكر بالمرة (قوله: حكم الحال) أقول فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه فيصلح الظاهر مرجحا، وإن لم يصلح

حجة وهذا ظاهر في جانب المستأجر؛ لأنه ليس فيه إلا دفع الاستحقاق عليه، وإن شهد للمؤجر ففيه **إشكال** من حيث استحقاقه الأجرة بالظاهر وهذه لا تصلح للاستحقاق **وجوابه** أنه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد، وإنما الظاهر يشهد على بقائه إلى ذلك الوقت وعلى هذا ادعاء ولادة قبل العتق والثمر قبل البيع القول لمن الولد والثمر في يده تحكيما للحال كما في التبيين

(قوله: والقول لرب الثوب في الأجر وعدمه) أقول هذا عند أبي حنيفة ويجعل أبو يوسف القول للصانع إن كان حريفا له أي خليطا بينه وبين المستأجر أخذ وإعطاء في حرفة وحكم محمد بالأجر إن كان معروفا بعمل تلك الصنعة بالأجرة وبه يفتى لشهادة الظاهر لدعواه كما في البرهان.

وفي الصغرى أيضا الفتوى على قول محمد وكذا في التبيين

[باب فسخ الإجارة]." (١)

"الوصية باطلة لأنه لما أضافه إلى الغنم علم أن مراده عين الشاة حيث جعل جزءا من الغنم.

(و) في قوله: أوصيت (بشاة من مالي له قيمتها من ماله) لأنه لما قال: من مالي دل على أن غرضه الوصية بمالية الشاة.

(و) لو أوصى (بثلث ماله لأمهات أولاده وهن ثلاث وللفقراء، والمساكين لهن) أي لأمهات الأولاد (ثلاثة أخماس) من الثلث (ولهما) أي للفقراء، والمساكين (الباقيان) من ثلاثة الأخماس بالمناصفة هذا عندهما.

وعند محمد يقسم الثلث على سبعة أسهم ثلاثة منها لأمهات الأولاد لأن المذكور في الفقراء، والمساكين لفظ الجمع وأقله في الميراث اثنان، والوصية أخت الميراث ولهما أن الجمع المحلى باللام يراد به الجنس، وتبطل الجمعية كقوله تعالى ﴿لا يحل لك النساء﴾ [الأحزاب: ٥٢] فيراد به الواحد فيقسم على خمسة ولهن ثلاثة منها.

(ولو) أوصى (بثلاثة لزيد وللفقراء نصف بينهما) عندهما، وعند محمد يقسم الثلث أثلاثا.

(ولو) أوصى (بمائة لزيد ومائة لبكر أو أوصى بها) أي بمائة لزيد وخمسين لبكر (إن أشرك آخر معهما) أي قال لآخر: أشركتك معهما (فله) أي لذلك الآخر (ثلث كل مائة في الأول) لأن نصيب زيد وبكر متساويان فيه وقد أشرك آخر معهما فيكون شريكا لكل منهما فله ما لكل منهما، وهو ثلث المائة (ونصف ما لكل منهما في الثاني) لأن تحقيق المساواة بينهم غير ممكن لتفاوت المالين ولا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس عملا باللفظ بقدر الإمكان.

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام منلا خسرو ٢/٢٣٨

(وفي له علي دين فصدقوه صدق على الثلث) يعني إذا قال المريض مخاطبا لورثته لفلان علي دين فصدقوه فيما قال صدق فلان إلى الثلث، والقياس أن لا يصدق لأنه أمرهم بخلاف حكم الشرع وهو تصديق المدعي بلا حجة ولأن قوله لفلان علي دين إقرار بالمجهول وهو، وإن كان صحيحا لكن لا يحكم به إلا بالبيان وقد فات وجه الاستحسان أنه سلطه على مال بما أوصى وهو يملك هذا التسليط بمقدار الثلث بأن يوصيه له ابتداء فيصح تسليطه أيضا بالإقرار له بدين مجهول، والمرء قد يحتاج إلى ذلك بأن يعرف أصل الحق ولا يعرف قدره فيسعى في فكاك رقبته بهذا الطريق فيجعل وصية في حق التنفيذ، وإن كان دينا في حق المستحق وجعل التقدير فيها إلى الموصى له فلهذا يصدق في الثلث لا الزيادة (فإن أوصى بالثلث معه) أي مع المقر له الأول بلا رجوع عنه (عزل) أي الثلث (لهما) أي المقر له، والموصى له (والباقي) وهو الثلثان (للورثة) لأن ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم (فيقال) أي بعد ما عزل يقال (لكل) من أصحاب الوصايا، والورثة (صدقوه فيما شئتم وما بقي من

ـــــــــQقوله: وعند محمد يقسم الثلث) قال الزيلعي: في **جوابه** حتى لو كان فيما نحن فيه منكرا قلنا كما قال ثم هذه الوصية تكون لأمهات الأولاد اللاتي يعتقن بموته أو اللاتي عتقن في حياته إن لم يكن له أمهات أولاد غيرهن فإن كان له أمهات أولاد عتقن في حياته، وأمهات أولاد يعتقن بموته كانت الوصية للاتي يعتقن بموته، ولا يقال إن الوصية لمملوكه بالمال لا تجوز لأن العبد لا يملك شيئا، وإنما تجوز الوصية بالعتق أو برقبته لكونه عتقا فوجب أن لا تجوز لأمهات أولاده اللاتي يعتقن بموته لأنا جوزناه استحسانا لإضافتها إلى ما بعد عتقهن لا حال حلول العتق بهن بدلالة حال الموصي

(قوله: نصف بينهم عندهما) يعني بين زيد، والمساكين ويجوز صرف ما للمساكين لواحد منهم، وعند محمد يقسم الثلث أثلاثا يعني ثلثه لزيد وثلثاه للمساكين ولا يجوز صرف ما للمساكين لأقل من اثنين عنده، والخلاف فيما إذا لم يشر إلى مساكين إذا لو أشار إلى جماعة، وقال ثلث مالي لهذه المساكين لا يجوز صرفه إلى واحد اتفاقا من الحقائق كذا في شرح المجمع ولو أوصى لفقراء بلخ فأعطى غيرهم جاز على قول أبي يوسف وعليه الفتوى، والأفضل الدفع إليهم.
وقال محمد: لا يجوز كما في الخلاصة (قوله: فله مثل ما لكل منهما وهو ثلث المائة) صوابه ثلثا المائة بتثنية الثلث أو ثلث المائتين بتثنية المائة

(قوله: لأنه أمرهم بخلاف حكم الشرع وهو تصديق المدعي) أي لزوم تصديق المدعي بلا حجة (قوله: عزل أي الثلث لهما أي للمقر له، والموصى له) لعل صوابه عزل أي الثلث له أو للموصى له أو لها أي الوصية وهذا لأنه إذا عزل للمقر له وللموصى له صار المقر له شريكا فكيف يقال لكل صدقوه فيما شئتم وأيضا لا يطابقه التعليل للعزل خصوصا قوله وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم فهذا يوجب أن يقال كما ذكرنا وهو عبارة جميع ما اطلعنا عليه من كتبنا اهـ.
(قوله: فيقال لكل صدقوه فيما شئتم) استشكل الزيلعي بما محصله أنه تقدم أن الورثة يصدقونه إلى الثلث عند عدم الوصية وهنا إذا استغرقت الوصية الثلث وقيل بعد إفرازه للورثة صدقوه فيما شئتم يلزم منه إيجاب التصديق بأزيد من الثلث على الورثة في شيء مما يخصهم وهو الثلثان فيجب أن لا يلزمهم تصديقه اهـ.

، وقال قاضي زاده أقول هذا الإشكال ساقط جدا إذ لا يلزم الورثة في هذه الصورة أن يصدقوه إلى الثلث كما لا يلزمهم أن يصدقوه." (١)

"الثلث فلأصحاب الوصايا) لا يشاركهم فيه صاحب الدين وفي العزل فائدة أخرى، وهي أن أحد الفريقين قد يكون أعرف بمقدار هذا الحق وأبصر به، والآخر ألد وألج وربما يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم فإذا عزلنا قلنا علمنا أن في التركة دينا شائعا في كل التركة فأمر أصحاب الوصايا، والورثة ببيانه (وإذا بينوا) شيئا (يؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا به، والباقي لهم ويؤخذ الورثة بثلثي ما أقروا به) لينفذ إقرار كل فريق في قدر حقه (ويحلف كل) أي كل فريق منهم (على العلم في دعوى الزيادة) أي إن ادعى المقر له زيادة على ذلك لأنه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره.

(وفي بألف لوارث وأجنبي له نصفه وخاب الوارث) يعني إذا أوصى لوارثه ولأجنبي فللأجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث لأنه أوصى بما يملك الإيصاء به وبما لا يملك فصح في الأول لا الثاني.

(وفي الحي، والميت الكل للحي) لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي، والوارث من أهلها ولهذا تصح بإجازة الوارث لكنه حرم لعارض.

(وبثلاثة أثواب متفاوتة بكل لرجل إن ضاع ثوب ولم يدر أي هو، والورثة تقول لكل توى حقك بطلت) يعني إذا كان له أثواب جيد ورديء ووسط فأوصى بكل واحد لرجل وضاع ثوب ولا يدرى أيها هو، والورثة تقول لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك قد ضاع فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطلت الوصية كما لو أوصى لأحد هذين الرجلين إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين (وإن سلموا الباقيين) زال المانع وهو الجحود وصحت الوصية (أخذ ذو الجيد ثلثي الجيد وذو الرديء ثلثي الرديء وذو الوسط ثلثي كل) من الجيد، والرديء لأن الثوبين إنما يقسمان بين الثلاثة على هذا الوجه وهو أن يأخذ كل واحد منهما ثلثي الثوب وإنما تعين حق صاحب الجيد في الجيد إذ لا حق له في الرديء بيقين ويحتمل أن يكون حقه في الجيد بأن يكون هو الجيد الأصلي ويحتمل أن يكون حقه في الضائع بأن يكون هو الأجود فكان تنفيذ وصيته في محل يحتمل أن يكون حقه أولى وإنما تعين صاحب الرديء إذ لا حق له في الجيد بيقين ويحتمل أن يكون حقه في الرديء بأن يكون هو الرديء الأصل ويحتمل أن يكون حقه في الضائع بأن يكون الأردأ فكان تنفيذ وصيته في محل يكون حقه أولى وإنما تعين حق الآخر في ثلث كل من الثوبين لأن صاحب الجيد لما أخذ ثلثي الجيد وصاحب الرديء ثلثي الرديء لم يبق إلا ثلث كل واحد منهما فقد تعين حقه في ذلك ضرورة كذا في الكافي.

(وببيت معين من دار مشتركة تقسم فإن أصاب) أي البيت المعين (الموصي فهو للموصى له وإلا) أي، وإن لم يصبه (فله قدره) يعني إذا كانت دار بين رجلين فأوصى أحدهما لرجل ببيت منها بعينه فإنها تقسم، وإن وقع البيت في نصيب الموصي

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام منلا خسرو ٢/٤٣٦

فهو للموصى له عندهما.

وعند محمد نصفه للموصى له، وإن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت فيما أصاب الموصي عندهما، وعند محمد مثل ذرع نصف البيت (كما في الإقرار) يعني إذا كان

ـــــــQفي أكثر من الثلث وإنما اللازم لهم ولأصحاب الوصايا في هذه الصورة أن يصدقوه فيما شاءوا فإن أصحاب الوصايا المستغرقة للثلث لا يأخذونه بطريق التملك التام بل بطريق العزل، والإفراز فكان باقيا على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعي فيما شاءوا ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في أيديهم ولئن سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في أيديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديق المدعي أيضا فيكفي جواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال وعن هذا قالوا إن هذا تصرف يشبه الإقرار، والوصية فباعتبار شبهة الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبهة الإقرار يجعل شائعا في الأثلاث ولا يخص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملا بالشبهين تأمل ترشد اهـ.

قلت ليس فيه توجيه لما ادعاه من سقوط **إشكال** الزيلعي ويمكن **الجواب** بأنه لا دافع لما أقروا به ولا مبطل لما أوصى به فلزم انتقاض الثلثين بهذا ولزم التصديق معه، والفرق بينه وبين ما تقدم أنه لما لم يكن هناك اجتماع الوصية مع الإقرار بالدين اختصوا بالثلثين ولم يلزمهم التصديق بما ينقصهما وقد اجتمعنا هنا فلزم ضرورة تصديقهم، والانتقاص به فلم يختصوا بثلثي جميع المال لتقدم الدين ولو كان من وجه عليهما

(قوله: وفي الحي والميت الكل للحي) مستدرك وإعادته لذكر الفرق شرحا ليس مسوغا للتكرار

(قوله: ومثله بثلاثة أثواب) لا محل للفظة " مثله " (قوله: فكان تنفيذ وصيته في محل يكون حقه أولى) عبارة الكافي من محل يحتمل أن يكون حقه (قوله: كذا في الكافي) علمت عبارته وتمامها ولأنه يحتمل أن يكون حقه في الجيد بأن كان الضائع أجود فيكون هذا وسطا ويحتمل أن يكون في الرديء بأن يكون الضائع أردأ فيكون هذا وسطا فكان هذا تنفيذ وصيته في محل يحتمل أن يكون حقه كذا قرره صاحب الهداية في شرحه للجامع الصغير. اهـ.

(قوله: وببيت معين) ذكر في الكافي، والتبيين كيفية قسمته (قوله: كما في الإقرار) قال في الكافي: والأصح أنه عليه الاتفاق، والفرق لمحمد أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى لو تملكه بعده أمر بالتسليم إلى المقر له أما الوصية بملك الغير فلا تصح حتى لو ملكه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ." (١)

"عبادة والعبادة لا تصح إلا بالنية سلمناه لأنه لا يقع عبادة بدونها عندنا، وليس الكلام في هذا بل في أنه إذا لم ينو حتى لم يقع عبادة سببا للثواب فهل يقع الشرط المعتبر للصلاة حتى تصح به أو لا؟ ليس في الحديث دلالة على نفيه ولا إثباته فقلنا نعم؛ لأن الشرط مقصود التحصيل لغيره لا لذاته فكيف حصل تحصيل المقصود، وصار كستر العورة وباقي

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام منلا خسرو ٢/٤٣٧

شروط الصلاة لا يفتقر اعتبارها إلى أن تنوى فمن ادعى أن الشرط وضوء هو عبادة فعليه البيان بخلاف التيمم؛ لأن التراب لم يعتبر شرعا مطهرا إلا للصلاة وتوابعها لا في نفسه فكان التطهير به تعبدا محضا، وفيه يحتاج إلى النية وقياس الوضوء على التيمم ضعيف؛ لأن شرط صحة القياس أن لا يكون الأصل متأخرا والتيمم شرع بعد الهجرة والوضوء قبلها إلا إن قصد به الاستدلال بمعنى لما شرع التيمم بشرط النية ظهر وجوبها في الوضوء فهو بمعنى لا فارق، فليس **الجواب** إلا بإثبات الفارق المتقدم وقد علم النبي - صلى الله عليه وسلم - الأعرابي الوضوء، ولم يبين له النية، فلو كانت شرطا لبينها له، وقد علم مما قدمناه أن الوضوء يقع عبادة فقول بعضهم إنه ليس بعبادة محمول على ما إذا لم ينو أو مراده نفي العبادة كما صرح به في الكافي وغيره وبهذا اندفع ما ذكره النووي من الرد على من نفى العبادة عن الوضوء متمسكا بحديث مسلم «الطهور شطر الإيمان»

واعلم أن المذكور في الأصول أن الغسل والمسح في آية الوضوء خاصان وهو لا يحتمل البيان فاشتراط النية في الوضوء زيادة على النص بخبر الواحد لو دل عليها، وهو لا يجوز فأورد العقدة الأخيرة، فإنها فرض بخبر الواحد فأجيب بأن الصلاة مجملة في حق ما تتم به إذ لم يعرف بأن إتمامها بأي شيء يقع فاحتاج إلى البيان وقد بين بالحديث فالفرض ثبت بالكتاب والحديث والتحق به بيانا لمجمله فأورد أنه ينبغي أن يلتحق خبر الفاتحة كذلك فأجيب بأنه لا إجمال في أمر القراءة بل هو خاص وأورد أيضا أنه ينبغي عدم اشتراط النية في العبادات لما ذكر أجيب بأنها فرض فيها لا بالحديث المذكور بل بقوله تعالى ﴿وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين﴾ [البينة: ٥] ، فإنه جعل الإخلاص الذي هو عبارة عن النية حالا للعابدين والأحوال شروط ومن هنا نشأ **إشكال** على من استدل به على اشتراطها في العبادات كصاحب الهداية مع قولهم في الأصول إن حديث «إنما الأعمال بالنيات» من قبيل ظني الثبوت والدلالة يفيد السنية والاستحباب وسيأتي تمامه في محله إن شاء الله تعالى.

(قوله: ومسح كل رأسه مرة) أي مرة مستوعبة لما روى الترمذي في جامعه أن عليا - رضي الله تعالى عنه - توضأ وغسل أعضاءه ثلاثا ومسح رأسه مرة وقال «هذا وضوء رسول الله - صلى الله عليه وسلم -» وفي الهداية والذي يروى عنه من التثليث فمحمول عليه بماء واحد، وهو مشروع على ما روى الحسن عن أبي حنيفة اهـ.

ولأن التكرار في الغسل لأجل المبالغة في التنظيف ولا يحصل ذلك بالمسح فلا يفيد التكرار فصار كمسح الخف والجبيرة والتيمم وما قلناه أولى؛ لأنه قياس الممسوح على الممسوح وما قال الشافعي قياس الممسوح على المغسول وفي العناية، فإن قيل قد صار البلل مستعملا بالمرة الأولى فكيف يسن إمراره ثانيا وثالثا أجيب بأنه يأخذ حكم الاستعمال لإقامة فرض آخر لا لإقامة السنة؛ لأنها تبع للفرض ألا ترى أن الاستيعاب يسن بماء واحد وقال الزيلعي تكلموا في كيفية المسح والأظهر أن يضع كفيه وأصابعه على مقدم رأسه ويمدهما إلى القفا على وجه يستوعب جميع الرأس ثم يمسح أذنيه بأصبعيه ولا يكون الماء مستعملا بهذا؛ لأن الاستيعاب بماء واحد لا يكون إلا بهذا الطريق وما قاله بعضهم من أنه يجافي كفيه تحرزا عن الاستعمال لا يفيد؛ لأنه لا بد من الوضع والمد، فإن كان مستعملا بالموضوع الأول فكذا بالثاني فلا يفيد تأخيره. اهـ.

(قوله وأذنيه بمائه) أي بماء الرأس وفي المجتبى يمسحهما بالسبابتين داخلهما وبالإبهامين

ــــــــــ ـه (قوله: فقلنا نعم) أي أنه يقع الشرط المعتبر للصلاة (قوله: فليس **الجواب** إلا بإثبات الفارق المتقدم) ، وهو أن التراب لم يعتبر شرعا مطهرا إلا للصلاة.

(قوله: فمحمول عليه بماء واحد، وهو مشروع إلخ) قال في فتح القدير روى الحسن عن أبي حنيفة - رضي الله تعالى عنه - في المجرد إذا مسح ثلاثا بماء واحد كان مسنونا (قوله: وما قاله بعضهم إلخ) أي في كيفية الاستيعاب وبيانه كما ذكره في النهر أن يضع يديه ويضع بطون ثلاث أصابع من كل كف على مقدم الرأس ويعزل السبابتين والإبهامين ويجافي الكفين ويجرهما إلى الرأس ثم يمسح الفودين بالكفين ويجرهما إلى مقدم الرأس ويمسح ظاهر الأذنين بباطن الإبهامين وباطن الأذنين بباطن السبابتين ويمسح رقبته بظاهر اليدين حتى يصير ماسحا ببلل لم يصر مستعملا هكذا روت عائشة - رضي الله تعالى عنها - مسحه - عليه الصلاة والسلام - اهـ ونقل عن الحواشي السعدية أن قوله لم يصر مستعملا يعني حقيقة، وإن لم يصر مستعملا حكما في عضو واحد." (١)

"يكون سببا وقيل السبب الجنابة ورد أيضا لوجوده في الحيض والنفاس واختار في غاية البيان أن السبب الجنابة أو ما في معناه ليدخل الحيض والنفاس ويرد بما قدمناه في أول الكتاب من أنه يوجد الحدث والجنابة ولا يجب الوضوء والغسل كما إذا كان قبل الوقت، فالأولى أن يقال سببه وجوب ما لا يحل مع الجنابة، وهذا هو الذي اختاره في فتح القدير.

اعلم أن الأمة مجمعة الآن على وجوب الغسل بالجماع، وإن لم يكن معه إنزال وعلى وجوبه بالإنزال، وكانت جماعة من الصحابة على أنه لا يجب إلا بالإنزال ثم رجع بعضهم، وانعقد الإجماع بعد الآخرين وفي الباب حديث «إنما الماء من الماء» مع حديث أبي بن كعب عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في «الرجل يأتي أهله ثم لا ينزل قال يغسل ذكره ويتوضأ» وفيه الحديث الآخر «إذا جلس بين شعبها الأربع ثم جهدها فقد وجب الغسل، وإن لم ينزل» قال العلماء العمل على هذا الحديث، وأما حديث «الماء من الماء» فالجمهور من الصحابة ومن بعدهم قالوا إنه منسوخ ويعنون بالنسخ أن الغسل من الجماع بغير إنزال كان ساقطا ثم صار واجبا

وذهب ابن عباس وغيره إلى أنه ليس منسوخا بل المراد به نفي وجوب الغسل بالرؤية في النوم إذا لم ينزل، وهذا الحكم باق بلا شك، وأما حديث أبي بن كعب ففيه **جوابان** أحدهما أنه منسوخ.

والثاني: أنه محمول على ما إذا باشرها فيما سوى الفرج كذا ذكر النووي في شرح مسلم لكن عندنا يشترط في وجوب الغسل بالإنزال أن يكون انفصال المني عن شهوة، وهو ما ذكره بقوله عند مني ذي دفق وشهوة يقال دفق الماء دفقا صبه صبا فيه دفع وشدة كذا في المغرب وفي ضياء الحلوم دفق الماء دفقا صبه، ودفق الماء دفوقا يتعدى، ولا يتعدى وعبر عنه في الهداية بقوله إنزال المني على وجه الدفق والشهوة والأولى أن يقال نزول المني دون الإنزال؛ لأنه يلزم من النزول الإنزال دون العكس، فإن من احتلم أو وجد على فخذه يجب عليه الغسل بلا قصد الإنزال ذكره الهندي فعلى هذا التقدير يكون ذكر الدفق اشتراطا للخروج من رأس الذكر، فإنه يقال دفق الماء دفوقا بمعنى خرج من محله بخلاف دفق دفقا، فإنه بمعنى صبه صبا لكن

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢٧/١

هذا إنما يستقيم على قول أبي يوسف أما عندهما لا يستقيم؛ لأنهما لم يجعلا الدفق شرطا بل تكفي الشهوة حتى قالا بوجوبه إذا زايل المني من مكانه بشهوة

وإن خرج بلا دفق كذا في النهاية ومعراج الدراية وغيرهما وأجاب عنه في العناية وغاية البيان بأنه لا حصر في كلامه فلكي يستقيم غايته يلزم ترك بعض موجباته عندهما في موضع بيانها اهـ.

ولا يخفى ما فيه ويمكن أن يقال إن المراد بكون الإنزال على وجه الشهوة أن يكون للشهوة دخل في الإنزال سواء كانت مقارنة أو سابقة عليه مقارنة للانفصال هذا، وعبارة المصنف أشد **إشكالا**؛ لأنه يرد عليها ما ورد على عبارة القدوري من أنها لا تشمل مني المرأة؛ لأن ماءها لا يكون دافقا كماء الرجل، وإنما ينزل من صدرها إلى فرجها كما ذكره الولوالجي في فتاويه ويرد على عبارة المختصر خاصة التناقض في التركيب؛ لأن اشتراط الدفق يفيد اشتراط خروج المني بشهوة من رأس الذكر وقوله عند انفصاله ينفيه فلو حذف الدفق لكان أولى

ـــــــــــــــــــــــــــــ (قوله: ورد أيضا) أي رد ما تعقب به في النهاية، وهذا الرد يئول في المعنى إلى ما في غاية البيان (قوله: لكن هذا إنما يستقيم إلخ) هذه الجملة من هنا إلى قوله لما في ضياء الحلوم موجودة في بعض النسخ بين قوله الآتي، فإنه بمعنى صبه صبا وقوله وقال الشافعي والموجود فيها بعد قوله هنا كذا في المغرب وفي ضياء الحلوم إلى قوله وقال الشافعي ولا يخفى على المتأمل أن هذا الموجود في بعض النسخ كما قلنا أحسن (قوله: ويمكن أن يقال إن المراد الإنزال إلخ) لم يظهر لهذا مدخل في هذا المحل فليتأمل

(قوله: وقوله عند انفصاله ينفيه) وحينئذ فلا يستقيم حمله على قول أبي يوسف - رحمه الله - أيضا؛ لأنه إنما يشترط الشهوة والدفق عند الخروج عن رأس الذكر لا عند الانفصال وأقول: وبالله التوفيق يمكن: توجيه كلام المصنف على وجه لا يرد عليه شيء مما ذكر ولكن مع نوع من التكلف وذلك بأن يحمل الدفق على أنه مصدر اللازم كما يذكره الشارح أي ذي دفع أو على ما قال ابن عطية كما نقله في النهر أنه يصح أن يكون الماء دافقا؛ لأن بعضه يدفق بعضا أي يدفعه فمنه دافق ومنه مدفوق والظرف في قوله عند انفصاله متعلق بقوله فرض كالظرف في قوله عند مني والمراد بالانفصال الخروج وحينئذ يكون صادقا بالقولين؛ لأن الشهوة لم تقيد بكونها عند الانفصال ولا عند الخروج أو الظرف الأول متعلق بفرض، وهو على تقدير مضاف أي عند خروج مني والثاني متعلق بالدفق، وهذا أقرب من الأول وعليهما فذكر الشهوة تصريح بما علم التزاما فلا يكون مستدركا كما قيل لتغاير مفهوميهما، وإن استلزم أحدهما الآخر وسيأتي في كلام الشارح ما يشعر بهذا الوجه الثاني فيما بعد والدفق على تفسيريه المارين يصح أن يكون قبل الخروج

ويشمل كلامه مني المرأة لأنه يندفع عند خروجه أو يدفع بعضه بعضا ويندفع أيضا التناقض عن كلامه، وهذا." [1]

"ولنا في المعهود فيها حالة الحياة الطهارة، وإنما يؤثر الموت النجاسة فيما يحله ولا تحلها الحياة فلا يحلها الموت، وإذا لم يحلها وجب الحكم ببقاء الوصف الشرعي المعهود لعدم المزيل وفي السنة أيضا ما يدل عليه، وهو قوله - عليه السلام - في شاة مولاة ميمونة حين مر بها ميتة «إنما حرم أكلها» في الصحيحين وفي لفظ «إنما حرم عليكم لحمها ورخص لكم في

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٥٦/١

مسكها» وفي الباب حديث الدارقطني «إنما حرم رسول الله – صلى الله عليه وسلم – من الميتة لحمها فأما الجلد والشعر والصوف، فلا بأس» ، وهو وإن أعله بتضعيف عبد الجبار بن مسلم فقد ذكره ابن حبان في الثقات فهو لا ينزل عن درجة الحسن وأخرجه الدارقطني من طريق أخرى وضعفهما ومن طريق أخرى بمعناه ضعيفة.

وأخرج البيهقي «أنه – عليه السلام – كان يتمشط بمشط من عاج» وضعفه فهذه عدة أحاديث لو كانت ضعيفة حسن المتن فكيف ومنها ما لا ينزل عن الحسن وله الشاهد الأول كذا في فتح القدير مختصرا وفي البدائع لأصحابنا طريقان أحدهما أن هذه الأشياء ليست بميتة؛ لأن الميتة من الحيوانات في عرف الشرع اسم لما زالت حياته لا بصنع أحد من العباد أو بصنع غير مشروع ولا حياة في هذه الأشياء، فلا تكون ميتة والثاني أن نجاسة الميتات ليست لأعيانها بل لما فيها من الدماء السائلة والرطوبات النجسة ولم توجد في هذه الأجزاء اهـ.

وقد اقتصر في الهداية على الطريقة الأولى، وفي غاية البيان على الثانية ولا يخفى أن الطريقة المذكورة في الهداية لا تجري في العصب؛ لأن فيه حياة لما فيه من الحركة ألا ترى أنه يتألم الحي بقطعه بخلاف العظم، فإن قطع قرن البقرة لا يؤلمها فدل أنه ليس في العظم حياة كذا في النهاية؛ ولهذا كان فيه روايتان فالأولى هي الطريقة الثانية وعليها لا يحتاج إلى الجواب عن قوله تعالى ﴿قال من يحيي العظام وهي رميم﴾ [يس: ٧٨] ﴿قل يحييها الذي أنشأها أول مرة﴾ [يس: ٧٩] ، فإن هذه الأشياء من الميتات إلا أن نجاسة الميتات إنما هي لما فيها من الدماء والرطوبات والعصب صقيل لا يتصور فيه ذلك، وكذا في العظم والشعر، وأما الجواب عن الآية على الطريقة الأولى فمن ثلاثة أوجه:

الأول: ما ذكره في الكشاف بقوله ولقد استشهد بهذه الآية من يثبت الحياة في العظام ويقول إن عظام الموتى نجسة؛ لأن الموت يؤثر فيها من قبل أن الحياة تحلها، وأما أصحاب أبي حنيفة – رحمهم الله – فهي عندهم طاهرة وكذلك الشعر والعصب ويزعمون أن الحياة لا تحلها فلا يؤثر فيها الموت، ويقولون المراد بإحياء العظام في الآية ردها إلى ما كانت عليه غضة رطبة في بدن حي حساس اهـ.

ولا يتوهم أن صاحب الكشاف لم يرتض ما ذكره عن الحنفية بدليل قوله يزعمون لأن زعم مطية الكذب كما قيل؛ لأنا لا نسلم أن زعم خاص في الباطل بل يستعمل تارة فيه وتارة في الحق فمن الأول قوله تعالى ﴿زعم الذين كفروا أن لن يبعثوا﴾ [التغابن: ٧] ومن الثاني قوله في حديث مسلم «زعم رسولك أن الله افترض علينا خمس صلوات» صرح به النووي في شرح مسلم وأطال الكلام فيه.

الثاني: أن المراد بالعظام النفوس كما في معراج الدراية وحينئذ يعود الضمير في قوله ﴿وهي رميم﴾ [يس: ٧٨] إلى العظام الحقيقية على طريقة الاستخدام؛ لأن من أقسامه كما عرف في علم البديع أن يراد بلفظ له معنيان أحدهما ثم يؤتى بعده بضمير يعود في اللفظ عليه وفي المعنى على معناه الآخر كقول معاوية بن أبي مالك

إذا نزل السماء بأرض قوم ... رعيناه وإن كانوا غضابا

، فإنه أراد بالسماء المطر وأراد بالضمير في رعيناه النبات والنبات أحد معنى السماء؛ لأنه مجاز عنه باعتبار أن المطر سببه وسوغ له عود الضمير إلى النبات، وإن لم يكن تقدم له ذكر لتقدم ذكر سببه، وهو السماء التي أريد بها المطر فكذلك ما

نحن فيه، فإن العظام له معنيان أحدهما: مراد، وهو النفوس مجازا من إطلاق البعض وإرادة الكل والمعنى الآخر، وهو العظام الحقيقية غير مراد ثم الضمير في قوله

ــــــــــهإلى غير المقطوع منه بدليل قول المؤلف في الأشباه كما نقله الشيخ علاء الدين الحصكفي المنفصل من الحي كميتته إلا في حق صاحبه فطاهر وإن كثر فتأمل وفي شرح العلامة المقدسي قلت **والجواب** عن **الإشكال** أن إعادة الأذن وثباتها إنما يكون غالبا بعود الحياة إليها فلا يصدق أنها مما أبين من الحي؛ لأنها بعود الحياة إليها صارت كأنها لم تبن ولو فرضنا شخصا مات ثم أعيدت حياته معجزة أو كرامة لعاد طاهرا اهـ.." (١)

"ولا يلزم من طهارة عينه طهارة سؤره لنجاسة لحمه ولا يلزم من نجاسة سؤره نجاسة عينه، وإنما يلزم من نجاسة سؤره نجاسة لحمه المتولد منه اللعاب كما صرح به في التجنيس وفتح القدير وغيرهما وسيأتي إيضاحه في الكلام على سؤر السباع والمذكور في كتب الشافعية كالمهذب أنه لا فرق بين الولوغ ووضع بعض عضو في الإناء ولم أر هذا في كتبنا والذي يقتضيه كلامهم على القول بنجاسة عينه تنجس الماء وعلى القول بطهارة عينه عدم تنجسه أخذا من قولهم إذا ولغ الكلب في البئر كما قدمناه؛ لأن ماء البئر في حكم الماء القليل كماء الآنية كما قدمناه ولا فرق بين ولوغ كلب أو كلبين في الاكتفاء بالثلاث؛ لأن الثاني لم يوجب تنجسا كما لا يخفى، وإذا ولغ الكلب في طعام فالذي يقتضيه كلامهم أنه إن كان جامدا قور ما حوله وأكل الباقي، وإن كان مائعا انتفع به في غير الأبدان كما قدمناه، وأما سؤر الخنزير؛ فلأنه نجس العين لقوله تعالى ﴿أو لحم خنزير فإنه رجس﴾ [الأنعام: ١٤٥] والرجس النجس، والضمير عائدا إليه لقربه وقد بسطنا الكلام فيه في الكلام على جلده.

وأما سؤر سباع البهائم فقد قال الشافعي بطهارته محتجا بما رواه البيهقي والدارقطني عن جابر قال «قيل يا رسول الله أنتوضأ بما أفضلت الحمر قال نعم وبما أفضلت السباع كلها» .

وبما رواه مالك في الموطإ أن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – خرج في ركب فيهم عمرو بن العاص حتى وردوا حوضا فقال عمرو بن العاص يا صاحب الحوض هل ترد حوضك السباع فقال عمر بن الخطاب يا صاحب الحوض لا تخبره فإنا نرد على السباع وترد علينا وبما رواه ابن ماجه عن ابن عمر قال «خرج علينا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في بعض أسفار فسار ليلا فمروا على رجل عند مقراة له فقال عمر يا صاحب المقراة أولغت السباع الليلة في مقراتك فقال – عليه السلام – يا صاحب المقراة لا تخبره هذا متكلف لها ما حملت في بطونها ولنا ما بقي شراب وطهور» ولنا «أنه – صلى الله عليه وسلم – نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع» والظاهر من الحرمة مع كونه صالحا للغذاء غير مستقذر طبعا كونه للنجاسة وخبث طباعها لا ينافيه بل ذلك يصلح مثيرا لحكم النجاسة فليكن المثير لها فيجامعها ترتيبا على الوصف الصالح للعلية مقتضاه؛ ولأنه ليس فيه ضرورة وعموم بلوى فيخرج السنور والفأرة؛ ولأن لسانه يلاقي الماء فيخرج سباع الطير لأنه يشرب بمنقاره كما سيأتي ولم تتعارض أدلته فيخرج البغل والحمار

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١/١١٤

وأما حديث جابر فقد اعترف النووي بضعفه، وأما أثر الموطإ فهو، وإن صححه البيهقي وذكر أنه مرسل يحتج به على أبي حنيفة فقد ضعفه ابن معين والدارقطني، وأما حديث ابن ماجه فقد ضعفه ابن عدي وعلى تسليم الصحة يحمل على الماء الكثير أو على ما قبل تحريم لحوم السباع أو على حمر الوحوش وسباع الطير بدليل ما تمسكوا به من حديث القلتين، فإنه – صلى الله عليه وسلم – قال «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا» **جوابا** لسؤاله عن الماء يكون في الفلاة وما ينوبه من السباع إعطاء لحكم هذا الماء الذي ترده السباع وغيره، فإن **الجواب** لا بد أن يطابق أو يزيد فيندرج فيه المسئول عنه وغيره وقد قال بمفهوم شرطه فنجس ما دون القلتين، وإن لم يتغير وحقيقة مفهوم شرطه أنه إذا لم يبلغها يتنجس من ورود السباع، وهذا من الوجوه الإلزامية له قال الزيلعي – رحمه الله –.

ثم اعلم أن في مذهب أصحابنا في سؤر ما لا يؤكل لحمه من السباع **إشكالا**، فإنهم يقولون؛ لأنه متولد من لحم نجس ثم يقولون إذا ذكي طهر؛ لأن نجاسته لأجل رطوبة الدم

وقد خرج بالذكاة، فإن كانوا يعنون بقولهم نجس نجاسة عينه وجب أن لا يطهر بالذكاة كالخنزير، وإن كانوا يعنون به لأجل مجاورة الدم فالمأكول كذلك يجاوره الدم فمن أين جاء الاختلاف بينهما في السؤر إذا كان كل واحد منها يطهر بالذكاة ويتنجس بموته حتف أنفه ولا فرق بينهما إلا في المذكى في حق الأكل والحرمة لا توجب النجاسة وكم من طاهر لا يحل أكله، ومن ثم قال بعضهم: لا يطهر بالذكاة

———Q. . . . ." (١)

"إلا جلده؛ لأن حرمة لحمه لا لكرامته آية نجاسته لكن بين الجلد واللحم جلدة رقيقة تمنع تنجس الجلد باللحم، وهذا هو الصحيح؛ لأنه لا وجه لنجاسة السؤر إلا بهذا الطريق اهـ.

وقد ذكر في العناية حاصل هذا **الإشكال** وذكر أنها نكتة لا بأس بالتنبيه عليها ثم قال وحلها أن المراد باللحم الطاهر المتولد منه اللعاب ما يحل أكله بعد الذبح، وبالنجس ما يقابله، وهذا لأنهما اشتركا في النجاسة المجاورة بالدم المسفوح قبل الذبح، فإن الشاة لا تؤكل إذا ماتت حتف أنفها واشتركا في الطهارة بعده لزوال المنجس، وهو الدم فلا فرق بينهما إلا أن الشاة تؤكل بعد الذبح دون الكلب ولا فرق بينهما أيضا في الظاهر إلا اختلاط اللعاب المتولد من اللحم فعلم من هذا أن اللعاب المتولد من لحم مأكول بعد الذبح طاهر بلا كراهة دون غيره إضافة للحكم إلى الفارق صيانة لحكم الشرع عن المناقضة ظاهرا هذا ما سنح لي اهـ.

ولا يخفى ما في هذا **الجواب**، فإن قول الزيلعي والحرمة لا توجب النجاسة يرده بل **الجواب** الصحيح ما في شرح الوقاية، وهو أن الحرمة إذا لم تكن للكرامة، فإنها آية النجاسة لكن فيه شبهة أن النجاسة لاختلاط الدم باللحم إذ لولا ذلك بل نجاسته لذاته لكان نجس العين، وليس كذلك فغير مأكول اللحم إذا كان حيا فلعابه متولد من اللحم الحرام المخلوط بالدم فيكون نجسا لاجتماع الأمرين أما في مأكول اللحم فلم يوجد إلا أحدهما، وهو الاختلاط بالدم فلم يوجب نجاسة السؤر؛ لأن هذه العلة بانفرادها ضعيفة إذ الدم المستقر في موضعه لم يعط له حكم النجاسة في الحي، وإذا لم يكن حيا، فإن لم

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٣٦/١

يكن مذكى كان نجسا سواء كان مأكول اللحم أو غيره؛ لأنه صار حراما بالموت فالحرمة موجودة مع اختلاط الدم فيكون نجسا، فإذا كان مذكى كان طاهرا أما في مأكول اللحم؛ فلأنه لم توجد الحرمة ولا اختلاط الدم، وأما في غير مأكول اللحم؛ فلأنه لم يوجد الاختلاط والحرمة المجردة غير كافية في النجاسة على ما مر أنها تثبت باجتماع الأمرين اهـ.

فحاصله أن نجاسة اللحم لحرمته مع اختلاط الدم المسفوح به، وقد فقد الثاني في المذكى من السباع فكان طاهرا واجتمعا في حالتي الموت والحياة فكان نجسا وفقد الأول في الشاة حالة الحياة والذكاة فكان طاهرا واجتمعا حالة الموت فكان نجسا فظهر من هذا كله أن طهارة العين لا تستلزم طهارة اللحم؛ لأن السباع طاهرة العين باتفاق أصحابنا كما نقله بعضهم مع أن لحمها نجس فثبت بهذا ما قدمناه من أن الكلب طاهر العين ولحمه نجس ونجاسة سؤره لنجاسة لحمه لكن بقي هاهنا كلام، وهو أن قولهم بين الجلد واللحم جلدة رقيقة تمنع تنجس الجلد باللحم مشكل، فإنه يقتضي طهارة الجلد من غير توقف على الذكاة أو الدباغة كما لا يخفى وفي مبسوط شيخ الإسلام ذكر محمد نجاسة سؤر السباع، ولم يبين أنها خفيفة أم غليظة فعن أبي حنيفة في رواية الأصول غليظة وعن أبي يوسف أن سؤر ما لا يؤكل لحمه كبول ما يؤكل لحمه كذا في معراج الدراية ومما سيأتي في سبب التغليظ والتخفيف يظهر وجه كل من الروايتين فالذي يظهر ترجيح الأولى لما عرف من أصله

(قوله: والهرة والدجاجة المخلاة وسباع الطير وسواكن البيوت مكروه) أي سؤر هذه الأشياء مكروه، وفي التبيين وإعرابه بالرفع أجود على ما تقدم قال المصنف في المستصفى ويعني من السؤر المكروه أنه طاهر لكن الأولى أن يتوضأ بغيره اهـ.

واعلم أن المكروه إذا أطلق في كلامهم فالمراد منه التحريم إلا أن ينص على كراهة التنزيه فقد قال المصنف في المستصفى: لفظ الكراهة عند الإطلاق يراد بها التحريم قال أبو يوسف: قلت لأبي حنيفة – رحمه الله – إذا قلت في شيء أكره فما رأيك فيه قال: التحريم اهـ.

وقد صرحوا بالخلاف في كراهة سؤر الهرة فمنهم كالطحاوي ومن مال إلى أنها كراهة تحريم نظر إلى حرمة لحمها، ومنهم كالكرخي من مال إلى كراهة التنزيه نظرا إلى أنها لا تتحامى النجاسة قالوا، وهو الأصح، وهو ظاهر ما في الأصل، فإنه قال: وإن توضأ بغيره أحب

ــــــQ (قوله: ولا يخفى ما في هذا **الجواب** إلخ) أقول: يمكن إرجاع ما ذكره في العناية إلى ما قاله في شرح الوقاية من أن العلة الحرمة مع اختلاط الدم، وذلك ظاهر بأدنى تأمل.

فإنه بعد ما ذكر اشتراك المأكول وغيره في النجاسة المجاورة بالدم ذكر انفراد غير المأكول بالحرمة فقد اجتمع في غير المأكول الأمران بخلاف المأكول فكانت النجاسة في الأول دون الثاني ثم أوضحه بقوله فعلم من هذا أن اللعاب المتولد من لحم مأكول بعد الذبح طاهر أي؛ لأنه لم يوجد فيه إلا الاختلاط بالدم وقوله دون غيره أي دون المتولد من لحم مأكول بأن

كان متولدا من لحم حرام غير مأكول، فإن لعابه غير طاهر لتولده من لحم حرام فقد اجتمع فيه الشيئان فمؤدى الكلامين متحد إلا أن عبارة شرح الوقاية أصرح.." (١)

"الحديث في الهرة موجودة بعينها في سواكن البيوت وهي الطوف فيثبت ذلك الحكم المترتب عليها، وهو سقوط النجاسة وتثبت الكراهة لتوهمها

فرع تكره الصلاة مع حمل ما سؤره مكروه كالهرة كذا في التوشيح نكتة قيل ست تورث النسيان سؤر الفأرة وإلقاء القملة وهي حية والبول في الماء الراكد وقطع القطار ومضغ العلك وأكل التفاح ومنهم من ذكره حديثا لكن قال أبو الفرج بن الجوزي: إنه حديث موضوع

(قوله: والحمار والبغل مشكوك) أي سؤرهما مشكوك فيه هذه عبارة أكثر مشايخنا وأبو طاهر الدباس أنكر أن يكون شيء من أحكام الله تعالى مشكوكا فيه وقال سؤر: الحمار طاهر لو غمس فيه الثوب جازت الصلاة معه إلا أنه محتاط فيه فأمر بالجمع بينه وبين التيمم ومنع منه حالة القدرة والمشايخ قالوا المراد بالشك التوقف لتعارض الأدلة لا أن يعني بكونه مشكوكا الجهل بحكم الشرع؛ لأن حكمه معلوم، وهو وجوب الاستعمال وانتفاء النجاسة وضم التيمم إليه، والقول بالتوقف عند تعارض الأدلة دليل العلم وغاية الورع وبيان التعارض على ما في المبسوط تعارض الأخبار في أكل لحمه، فإنه روي «أنه – عليه الصلاة والسلام – نهى عن أكل لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر» وروى غالب بن أبجر قال لم يبق لي مال إلا حميرات فقال – عليه السلام – «كل من سمين مالك» قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه، وهذا لا يقوى؛ لأن لحمه حرام بلا **إشكال**؛ لأنه اجتمع المحرم والمبيح فغلب المحرم على المبيح كما لو أخبر عدل بأن هذا اللحم ذبيحة مجوسي والآخر أنه ذبيحة مسلم لا يحل أكله لغلبة الحرمة فكان لحمه حراما بلا **إشكال**، ولعابه متولد منه فيكون نجسا بلا **إشكال**
وقيل سبب **الإشكال** اختلاف الصحابة، فإنه روي عن ابن عمر أنه كان يكره التوضؤ بسؤر الحمار والبغل وعن ابن عباس أنه قال الحمار: يعلف القت والتبن فسؤره طاهر قال شيخ الإسلام: وهذا لا يقوى أيضا؛ لأن الاختلاف في طهارة الماء ونجاسته لا يوجب **الإشكال** كما في إناء أخبر عدل أنه طاهر وآخر أنه نجس فالماء لا يصير مشكلا، وقد استوى الخبران وبقي العبرة بالأصل، فكذا هاهنا، ولكن الأصح في التمسك أن دليل الشك هو التردد في الضرورة، فإن الحمار يربط في الدور والأفنية فيشرب من الأواني وللضرورة أثر في إسقاط النجاسة كما في الهرة والفأرة إلا أن الضرورة في الحمار دون الضرورة فيهما لدخولهما مضايق البيت بخلاف الحمار، ولو لم تكن الضرورة ثابتة أصلا كما في الكلب والسباع لوجب الحكم بالنجاسة بلا **إشكال**
ولو كانت الضرورة مثل الضرورة فيهما لوجب الحكم بإسقاط النجاسة فلما ثبتت الضرورة من وجه دون وجه واستوى ما يوجب النجاسة والطهارة تساقطا للتعارض فوجب المصير إلى الأصل والأصل هاهنا شيئان الطهارة في جانب الماء والنجاسة

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١/١٣٧

في جانب اللعاب؛ لأن لعابه نجس كما بينا وليس أحدهما بأولى من الآخر فبقي الأمر مشكلا نجسا من وجه طاهرا من وجه فكان **الإشكال** عند علمائنا بهذا الطريق لا **للإشكال** في لحمه ولا لاختلاف الصحابة في سؤره وبهذا التقرير يندفع كثير من الأسئلة منها أن المحرم والمبيح إذا اجتمعا يغلب المحرم احتياطا **وجوابه** أن القول بالاحتياط إنما يكون في ترجيح الحرمة في غير هذا الموضع أما هاهنا الاحتياط في إثبات الشك؛ لأنا إن رجحنا الحرمة للاحتياط يلزم ترك العمل بالاحتياط؛ لأنه حينئذ لا يجوز استعمال سؤر الحمار مع احتمال كونه مطهرا باعتبار الشك فكان متيمما عند وجود الماء في أحد الوجهين وذلك حرام فلا يكون عملا بالاحتياط ولا بالمباح وما قيل إن في تغليب الحرمة تقليل النسخ فذلك في تعارض النصين لا في الضرورة

ومنها أن يقال لما وقع التعارض في سؤره وجب المصير إلى الخلف، وهو التيمم كمن له إناءان أحدهما طاهر والآخر نجس فاشتبه عليه، فإنه يسقط استعمال الماء ويجب التيمم فكذا

ـــــQ [الصلاة مع حمل ما سؤره مكروه كالهرة]

(قوله: تكره الصلاة مع حمل ما سؤره مكروه إلخ) وقد تقدم قبل صفحة أن الكراهة إنما هي عند التوهم فراجعه لكن يمكن الفرق بين سؤرها وحملها بأن السؤر فيه ضرورة بخلاف الحمل تأمل.." (١)

"هاهنا قلنا الماء هاهنا طاهر لما ذكرنا أن قضية الشك أن يبقى كل واحد على حاله ولم يزل الحدث؛ لأنه لما كان ثابتا بيقين فيبقى إلى أن يوجد المزيل بيقين والماء طاهر ووقع الشك في طهوريته فلا يسقط استعماله بالشك بخلاف الإناءين، فإن أحدهما نجس يقينا والآخر طاهر يقينا لكنه عجز عن استعماله لعدم عمله فيصار إلى الخلف ومنها أن التعارض لا يوجب الشك كما في إخبار عدلين بالطهارة والنجاسة حيث يتوضأ بلا تيمم قلنا في تعارض الخبرين وجب تساقطهما فرجحنا كون الماء مطهرا باستصحاب الحال والماء كان مطهرا قبله وهاهنا تعارض جهتا الضرورة فتساقطتا فأبقنا ما كان على ما كان أيضا إلا أن هاهنا ما كان ثابتا على حاله قبل التعارض شيئان جانب الماء وجانب اللعاب وليس أحدهما بأولى من الآخر فوجب الشك.

ومنها ما قيل في استعمال الماء ترك العمل بالاحتياط من وجه آخر؛ لأنه إن كان نجسا فقد تنجس العضو قلنا أما على القول بأن الشك في الطهورية فظاهر وأما على القول المرجوح من أن الشك في كونه طاهرا، **فالجواب** أن العضو طاهر بيقين فلا يتنجس بالشك والحدث ثابت بيقين فلا يزول بالشك فيجب ضم التيمم إليه كذا في معراج الدراية وغيره وفي الكافي ولم يتعارض الخبران في سؤر الهرة إذ قوله - صلى الله عليه وسلم - «الهرة سبع» لا يقتضي نجاسة السؤر لما قدمنا اهـ.

ثم اختلف مشايخنا فقيل الشك في طهارته وقيل في طهوريته وقيل فيهما جميعا والأصح أنه في طهوريته، وهو قول الجمهور كذا في الكافي هذا مع اتفاقهم أنه على ظاهر الرواية لا ينجس الثوب والبدن والماء ولا يرفع الحدث؛ فلهذا قال في كشف الأسرار شرح أصول فخر الإسلام إن الاختلاف لفظي؛ لأن من قال الشك في طهوريته لا في طهارته أراد أن الطاهر لا

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٤٠/١

يتنجس به ووجب الجمع بينه وبين التراب لا أن ليس في طهارته شك أصلا؛ لأن الشك في طهوريته إنما نشأ من الشك في طهارته لتعارض الأدلة في طهارته ونجاسته اهـ.
وبهذا التقرير علم ضعف ما استدل به في الهداية لقول من قال الشك في طهوريته بأن لو وجد الماء المطلق لا يجب عليه غسل رأسه، فإن وجوب غسله إنما يثبت بتيقن النجاسة والثابت الشك فيها فلا يتنجس الرأس بالشك فلا يجب وعلم أيضا ضعف ما في فتاوى قاضي خان تفريعا على كون الشك في طهارته أنه لو وقع في الماء القليل أفسده؛ لأنه لا إفساد بالشك وفي المحيط تفريعا على الشك في طهوريته أنه لو وقع في الماء يجوز التوضؤ به ما لم يغلب عليه؛ لأنه طاهر غير طهور كالماء المستعمل عند محمد اهـ.
وكان الوجه أن يقول ما لم يساوه لما علمته في مسألة الفساقي وقد قدمنا حكم عرقه.

وأما لبنها فاختار في الهداية أنه طاهر ولا يؤكل وصححه في منية المصلي وبه اندفع ما في النهاية أنه لم يرجحه أحد وعن البزدوي أنه يعتبر فيه الكثير الفاحش وصححه التمرتاشي وصحح بعضهم أنه نجس نجاسة غليظة، وفي المحيط أنه نجس في ظاهر الرواية ومقتضى القول بطهارته القول بحل أكله وشربه ويدل عليه ما في المبسوط قيل لمحمد لم قلت بطهارة بول ما يؤكل لحمه ولم تقل بطهارة روثه قال كما قلت بطهارة بوله أبحت شربه ولو قلت بطهارة روثه لأبحت أكله ولا أحد يقول بها. اهـ.
فإن ظاهره أن الطهارة والحل متلازمان يلزم من القول بأحدهما القول بالآخر، ومن المشايخ من قال بنجاسة سؤر الحمار دون الأتان؛ لأن الحمار ينجس فمه بشم البول، وفي البدائع، وهذا غير سديد؛ لأنه أمر موهوم لا يغلب وجوده فلا يؤثر في إزالة الثابت وقال قاضي خان: والأصح أنه لا فرق بينهما ولما ثبت الحكم في الحمار ثبت في البغل؛ لأنه من نسله فيكون بمنزلته قال الزيلعي هذا إذا كانت أمه أتانا فظاهر؛ لأن الأم هي المعتبرة في الحكم، وإن كانت فرسا ففيه إشكال لما ذكرنا أن العبرة للأم ألا ترى أن الذئب لو نزا على شاة فولدت ذئبا حل أكله ويجزئ في الأضحية فكان ينبغي أن

ـــــــQ (قوله: لا يقتضي نجاسة السؤر لما قدمنا) أي من سقوطها للضرورة (قوله: بأنه لو وجد الماء المطلق إلخ) بيانه كما في بعض الشروح أن من توضأ بالسؤر المشكوك إذا أحدث فقد حل الحدث بالرأس أيضا، فإذا توضأ بعده بالماء المطلق ومسح رأسه تكون بلة الماء المطلق على رأسه مشكوكا أيضا لإصابته إياه فلا يرفع الحدث المتيقن؛ لأنه مشكوك، والشك لا يرفع اليقين فيجب غسل رأسه لهذا المعنى فلما لم يجب دل على أن الشك في طهوريته لا في طهارته (قوله: وعلم أيضا ضعف ما في فتاوى قاضي خان إلخ) قال في النهر لقائل أن يمنع قوله؛ لأن الشك إلخ بأن الشك في الطهورية لا يستلزم الشك في الطهارة بخلاف العكس كما هو ظاهر فما في الخانية له وجه وجيه اهـ.
لكن قول المؤلف؛ لأنه لا إفساد بالشك بقي وارد؛ لأنه حيث حكم عليه بالشك في الطهارة كيف يفسد الماء الثابتة طهارته بيقين على أنه مخالف لما ذكره المؤلف أولا من اتفاقهم أنه على ظاهر الرواية لا ينجس الماء اللهم إلا أن يراد بما في الخانية من أنه يفسد الماء أي يرفع طهوريته تأمل ثم رأيت التصريح بهذا للتأويل في التتارخانية معزيا إلى بعض المشايخ.

(قوله: وبه اندفع ما في النهاية إلخ) قال في النهر ولا يخفى أن الدفع إنما يتم على تقدير سبق." [1]

"يكون مأكولا عندهما وطاهرا عند أبي حنيفة اعتبار للأم، وفي الغاية إذا نزا الحمار على الرمكة لا يكره لحم البغل المتولد منهما عند محمد فعلى هذا لا يصير سؤره مشكوكا. اهـ.

الرمكة، وهي الفرس، وهي البرذونة تتخذ للنسل كذا في المغرب ويمكن **الجواب** عن **الإشكال** بأن البغل لما كان متولدا من الحمار والفرس فصار سؤره كسؤر فرس اختلط بسؤر الحمار فصار مشكوكا ذكره في معراج الدراية وغيره وذكر مسكين في شرح الكتاب سؤالا فقال: فإن قلت أين ذهب قولك الولد يتبع الأم في الحل والحرمة قلت ذلك إذا لم يغلب شبهه بالأب أما إذا غلب شبهه فلا اهـ.

وبهذا سقط أيضا **إشكال** الزيلعي كما لا يخفى وقال جمال الدين الرازي شارح الكتاب: البغال أربعة بغل يؤكل بالإجماع، وهو المتولد من حمار وحشي وبقرة وبغل لا يؤكل بالإجماع، وهو المتولد من أتان أهلي وفحل وبغل يؤكل عندهما، وهو المتولد من فحل وأتان حمار وحشي وبغل ينبغي أن يؤكل عندهما، وهو المتولد من رمكة وحمار أهلي اهـ.

وفي النوازل لا يحل شرب ما شرب منه الحمار وقال ابن مقاتل: لا بأس به قال الفقيه أبو الليث: هذا خلاف قول أصحابنا ولو أخذ إنسان بهذا القول أرجو أن لا يكون به بأس والاحتياط أن لا يشرب كذا في فتح القدير وفرع في المحيط على كون سؤر الحمار مشكوكا ما لو اغتسلت بسؤر الحمار تنقطع الرجعة ولا تحل للأزواج؛ لأنه مشكوك فيه، فإن كان طاهرا فلا رجعة، وإن كان نجسا لم يكن مطهرا فله الرجعة فإذا احتمل انقطعت احتياطا ولا تحل لغيره احتياطا اهـ.

(قوله: توضأ به وتيمم إن فقد ماء) أي توضأ بسؤرهما وتيمم إن لم يجد ماء مطلقا يعني يجمع بينهما والمراد بالجمع أن لا تخلو الصلاة الواحدة عنهما، وإن لم يوجد الجمع في حالة واحدة حتى لو توضأ بسؤر الحمار وصلى ثم أحدث وتيمم وصلى تلك الصلاة أيضا جاز؛ لأنه جمع بين الوضوء والتيمم في حق صلاة واحدة، وهو الصحيح كذا في فتاوى قاضي خان فأفاد أن فيها اختلافا وفي الجامع الصغير للمحبوبي وعن نصير بن يحيى في رجل لم يجد إلا سؤر الحمار قال يهريق ذلك السؤر يصير عادما للماء ثم يتيمم فعرض قوله هذا على القاسم الصفار فقال هو قول جيد وذكر محمد في نوادر الصلاة لو توضأ بسؤر الحمار وتيمم ثم أصاب ماء نظيفا ولم يتوضأ به حتى ذهب الماء ومعه سؤر الحمار فعليه إعادة التيمم وليس عليه إعادة الوضوء بسؤر الحمار؛ لأنه إذا كان مطهرا فقد توضأ به، وإن كان نجسا فليس عليه الوضوء لا في المرة الأولى ولا في الثانية كذا في النهاية وفي الخلاصة ولو تيمم وصلى ثم أراق سؤر الحمار يلزمه إعادة التيمم والصلاة؛ لأنه يتحمل أن سؤر الحمار كان طهورا اهـ، فإن قيل هذا الطريق يستلزم أداء الصلاة بغير طهارة في إحدى المرتين لا محالة، وهو مستلزم للكفر لتأديه إلى الاستخفاف بالدين فينبغي أن لا يجوز

ويجب الجمع في أداء واحد قلنا ذلك فيما أدى بغير طهارة بيقين، فأما إذا كان أداؤه بطهارة من وجه فلا لانتفاء

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٤١/١

الاستخفاف؛ لأنه عمل بالشرع من وجه، وهاهنا كذلك؛ لأن كل واحد من السؤر والتراب مطهر من وجه دون وجه فلا يكون الأداء بغير طهارة من كل وجه فلا يلزم منه الكفر كما لو صلى حنفي بعد الفصد أو الحجامة لا تجوز صلاته ولا يكفر لمكان الاختلاف، وهذا أولى بخلاف ما لو صلى بعد البول كذا في معراج الدراية (قوله: وأيا قدم صح) أي من المذكورين وهما الوضوء والتيمم أيا بدأ به جاز حتى لو توضأ ثم تيمم جاز بالاتفاق وإن عكس جاز عندنا خلافا لزفر؛ لأنه لا يجوز المصير إلى التيمم مع وجود ماء هو واجب الاستعمال فصار كالماء المطلق ولنا، وهو الأصح أن الماء إن كان طهورا فلا معنى للتيمم تقدم أو تأخر، وإن لم يكن طهورا فالمطهر هو التيمم تقدم أو تأخر ووجود هذا الماء وعدمه بمنزلة واحدة وإما يجمع بينهما لعدم العلم بالمطهر منهما عينا فكان الاحتياط في الجمع دون

ـــــــــــــــــــــــــــــQالنية على الهداية وفيه تردد (قوله: وذكر مسكين في شرح الكتاب إلخ) قال في النهر أقول: لو صح ما قاله مسكين لحرم أكل الذئب الذي ولدته الشاة لغلبة شبه الأب وقد مر أنه حلال وما في المعراج بعد؛ لأن الاعتبار للأم ممنوع والظاهر أن جواز الأكل يستلزم طهارة السؤر.." (١)

"بعرفة لو غسل رجليه ولم أر من صرح بهذا من أئمتنا لكني رأيته في كتب الشافعية وقواعدنا لا تأباه كما لا يخفى ولم يجعله مستحبا؛ لأن من اعتقد جوازه ولم يفعله كان أفضل لإتيانه بالغسل إذ هو أشق على البدن قال في التوشيح، وهذا مذهبنا وبه قال الشافعي ومالك ورواه ابن المنذر عن عمر بن الخطاب والبيهقي عن أبي أيوب الأنصاري أيضا وقال الشعبي والحكم وحماد والإمام أبو الحسن الرستغفني من أصحابنا أن المسح أفضل، وهو أصح الروايتين عن أحمد أما لنفي التهمة عن نفسه؛ لأن الروافض والخوارج لا يرونه، وأما للعمل بقراءة النصب والجر وعن أحمد أنهما سواء، وهو اختيار ابن المنذر احتج من فضل المسح بقوله – عليه السلام – في حديث المغيرة بهذا أمرني ربي رواه أبو داود

والأمر إذا لم يكن للوجوب كان للندب ولنا حديث علي قال رخص لنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – الحديث ذكره ابن خزيمة في صحيحه وكذا في حديث صفوان ذكر الرخصة والأخذ بالعزيمة أولى، فإن قيل فهذه رخصة إسقاط لما عرف في أصول الفقه فينبغي أن لا يكون مشروعا ولا يثاب على إتيان العزيمة هاهنا إذ لا تبقى العزيمة مشروعة إذا كانت الرخصة للإسقاط كما في قصر الصلاة قلنا العزيمة لم تبق مشروعة ما دام متخففا أيضا والثواب باعتبار النزع والغسل، وإذا نزع صارت مشروعة وسقط سبب الرخصة في حقه أيضا فكان هذا نظير من ترك السفر سقط عنه سبب رخصة سقوط القصر وليس لأحد أن يقول إن تارك السفر آثم اهـ.

وهكذا أجاب النسفي وشراح الهداية وأكثر الأصوليين ومبنى السؤال على أنه رخصة إسقاط ومنعه الشارح الزيلعي – رحمه الله – وخطأهم في تمثيلهم به في الأصول؛ لأن المنصوص عليه في عامة الكتب أنه لو خاض ماء بخفه فانغسل أكثر قدميه بطل المسح وكذا لو تكلف غسلهما من غير نزع أجزأه عن الغسل حتى لا يبطل بمضي المدة فعلم أن العزيمة مشروعة مع الخف اهـ.

ودفعه المحقق العلامة في فتح القدير بأن مبنى هذه التخطئة على صحة هذا الفرع، وهو منقول في الفتاوى الظهيرية لكن في

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٤٢/١

صحته نظر، فإن كلمتهم متفقة على أن الخف اعتبر شرعا مانعا سراية الحدث إلى القدم فتبقى القدم على طهارتها ويحل الحدث بالخف فيزال بالمسح وبنوا عليه منع المسح للمتيمم والمعذورين بعد الوقت وغير ذلك من الخلافيات، وهذا يقتضي أن غسل الرجل في الخف وعدمه سواء إذا لم يبتل معه ظاهر الخف في أنه لم يزل به الحدث؛ لأنه في غير محله فلا تجوز الصلاة به؛ لأنه صلى مع حدث واجب الرفع إذ لو لم يجب والحال أنه لا يجب غسل الرجل جازت الصلاة بلا غسل ولا مسح فصار كما لو ترك ذراعيه وغسل محلا غير واجب الغسل كالفخذ ووزانه في الظهيرية بلا فرق لو أدخل يده تحت الجرموقين فمسح على الخفين وذكر فيها

ـــــــــــــــــــ (قوله: فينبغي أن لا يكون مشروعا) أي أن لا يكون الغسل الذي هو الأصل (قوله ما دام متخففا أيضا) لفظ أيضا مستدرك كما لا يخفى (قوله: ووزانه في الظهيرية بلا فرق) قال في الشرنبلالية يمكن أن يقال إن نفي الفرق فيه تأمل، وإن الأوجهية إنما هي على ما إذا خاض الماء لا على ما إذا تكلف وغسل رجليه داخله ولم يحكم ذلك الفرع بالإجزاء بالخوض فيما ذكر صريحا ببطلان المسح ووجه التأمل هو أنه قد حكم أنه لم يرتفع الحدث بغسل الرجل داخل الخف لكونه كغسل ما لم يجب فلم يقع معتدا به ثم حكم بصحته بعد تمام المدة فلم يوجب النزع لحصول الغسل داخل الخف، وهذا يؤيد ثبوت الفرق اهـ.

ويؤيد ما ذكره في دفع الأوجهية أن الزيلعي ذكر الإجزاء في مسألة ما لو تكلف، وأما مسألة ما لو خاض فقال فيها بطل المسح ولم يذكر الإجزاء فيها ويرد على المحقق أيضا في قوله والأوجه إلخ أنه يدل على جواز الصلاة به لابتلال ظاهر الخف لا لغسل الرجل، وهذا يناقض قوله ثم إذا انقضت المدة إلخ واعترضه العلامة الحلبي أيضا أو لا بأن هذا التوجيه إنما يتأتى على تقدير انغسال الرجلين كلتيهما على التمام مع ابتلال قدر الفرض من ظاهر الخفين مع عدم بطلان المسح والمذكور في ذلك الفرع انغسال أكثر الرجل وبطلان المسح ووجوب نزع الخفين وغسل الرجلين وفي قاضي خان انغسال إحدى الرجلين وبطلان المسح كذلك، وهذا كله ينافي ما قاله وثانيا بأنا نفرق بين غسل الرجلين مع بقاء التخفف ومسح الخف مع بقاء الجرموق حيث اعتبر الغسل في الأول وبطل مسح الخف به ولم يعتبر المسح في الثاني بأن مسح الخف بدل عن الغسل ولا بقاء للبدل مع وجود الأصل ومسح الجرموق ليس بدلا عن مسح الخف بل هو بدل عن الغسل أيضا فعند تقرر الوظيفة لا يعتبر البدل الآخر فليتأمل وحينئذ فلا يكون وزان الأول وزان الثاني اهـ.

واعترضه أيضا فقال قوله؛ لأنه في غير محله غير مسلم وقوله إذا لو لم يجب إلخ قلنا عدم وجوب غسل الرجل عينا لا يستلزم وجوب المسح عينا لجواز كون الواجب أحدهما لا على التعيين كسائر الواجبات المخيرة وتشبيهه بترك الذراعين وغسل الفخذ غير صحيح على ما لا يخفى، وأما **الجواب** عن قوله إن كلمتهم متفقة إلخ فهو أن الخف إنما اعتبر مانعا سراية الحدث ترخيصا لدفع الحرج اللازم بإيجاب الغسل عينا فإذا حصل الغسل زال الترخص لزوال سببه المختص هو به فقدر حلول الحدث قبيل الغسل محل الغسل في محله فليتأمل فلا محيص حينئذ عن **إشكال** الزيلعي على أهل الأصول، وأما اعتراضه." (١)

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٧٤/١

"أنه لم يجز وليس إلا؛ لأنه في غير محل الحدث والأوجه في ذلك الفرع كون الأجزاء إذا خاض النهر لابتلال الخف ثم إذا انقضت المدة إنما لا يتقيد بها لحصول الغسل بالخوض والنزع إنما وجب للغسل وقد حصل اهـ.

وظاهره تسليم التخطئة لو صح الفرع وقد رد بعض المحققين التخطئة على تقدير صحة الفرع أيضا بأن هذا سهو وقع من الزيلعي؛ لأن مرادهم بالمشروعية الجواز في نظر الشارع بحيث يترتب عليه الثواب لا أن يترتب عليه حكم من الأحكام الشرعية يدل عليه تنظيرهم بقصر الصلاة، فإن أتى بالعزيمة بأن صلى أربعا وقعد على الركعتين يأثم مع أن فرضه يتم وتحقيق **جوابه** أن المترخص ما دام مترخصا لا يجوز له العمل بالعزيمة فإذا زال الترخص جاز له ذلك، فإن المسافر ما دام مسافرا لا يجوز له الإتمام حتى إذا افتتحها بنية الأربع يجب قطعها والافتتاح بالركعتين لما سيأتي في صلاة المسافر فإذا افتتحها بنية ثنتين ونوى الإقامة أثناء الصلاة تحولت إلى الأربع فالمتخفف ما دام متخففا لا يجوز له الغسل حتى إذا تكلف وغسل رجليه من غير نزع أثم، وإن أجزأه عن الغسل

وإذا نزع الخف وزال الترخص صار الغسل مشروعا يثاب عليه والعجب أن هذا مع وضوحه لمن تدرب في كتب الأصول كيف خفي على فحل من العلماء الفحول اهـ.

واعلم أن العزيمة ما كان حكما أصليا غير مبني على أعذار العباد والرخصة ما بني على أعذار العباد، وهو الأصح في تعريفهما عند الأصوليين كما عرف فيه.

واعلم أن في تتمة الفتاوى الصغرى وفي فتاوى الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل أنه إذا ابتل قدمه لا ينتقض مسحه على كل حال؛ لأن استتار القدم بالخف يمنع سراية الحدث إلى الرجل فلا يقع هذا غسلا معتبرا فلا يوجب بطلان

ــــــــQعلى الفرع المذكور، فإنما يتم على تقدير صحة تمثيلهم وعدم صحة اعتراضه عليهم فليتأمل انتهى.

(قوله: وتحقيق **جوابه**) أي **جواب** صاحب الكافي الإمام النسفي كما يعلم من الدرر، وكان ينبغي للمؤلف أن يأتي بصيغة الجمع حيث لم ينقل العبارة بعينها كما قال أولا؛ لأن مرادهم ولم يقل؛ لأن مراده (قوله: أثم) قال في الشرنبلالية في تأثيمه نظر لا يخفى

(قوله: والعجب إلخ) أجاب عنه العلامة الحلبي فقال بعد نقله ما سبق عن صاحب الدرر أقول: ما قاله من المراد بالمشروعية، وهو الجواز بحيث يترتب عليه الثواب غير مسلم، فإن أئمتنا إنما يريدون بمشروعية الفعل الجواز بحيث يترتب عليه أحكامه غير أن الثواب من جملة أحكام الفعل الذي يقصد به العبادة فغسل الرجل حال التخفف لو لم يكن مشروعا لما ترتب عليه حكمه من جواز الصلاة وغيرها مما تشترط له الطهارة واستدلاله بتنظيره من قصر الصلاة غير صحيح، فإن المسافر إذا صلى أربعا وقعد على رأس الركعتين لا يكون آتيا بالعزيمة وليس في وسعه ذلك؛ لأن فرضه ركعتان لا يطيق الزيادة عليهما فرضا كما لا يطيق المقيم الزيادة على الأربع فرضا، وإنما يتم فرضه ركعتين فحسب وأثم لبناء النفل، وهو الركعتان الأخريان على تحريمة الفرض لا؛ لأنه أتى بالعزيمة مع عدم جوازها وإباحتها له بخلاف المتخفف الذي انغسل أكثر رجله حيث اعتبر الغسل شرعا وترتب عليه حكم من الأحكام الشرعية، وهو بطلان المسح ولزوم نزع الخف لإتمام الغسل ولو قدر أنه غسل كلتا الرجلين متخففا لترتب عليه أنه لا ينتقض بتمام المدة ولا بنزع الخف مع جواز الأفعال التي تشترط لها الطهارة به فثبت

مشروعية الغسل حال التخفف بمعنى تصور وجوده شرعا وتحققه بخلاف الإتمام واعتراض الزيلعي على أهل الأصول مقرر، وهذا كله على تقدير صحة الفرع الذي ذكره، وهو منقول في الفتاوى الظهيرية وغيرها اهـ.

قال بعض الفضلاء وحاصله منع كون المسح رخصة إسقاط وإثبات أنه من النوع الثاني من الرخصة، وهو ما يرخص مع قيام السبب كفطر المسافر وفي هذا النوع يجوز العمل بالعزيمة مع وجود الترخص؛ لأن المسافر يجوز له أن يصوم في حال السفر ويثاب عليه فالمتخفف إذا غسل رجليه حال التخفف يكون مشروعا ويثاب عليه إذا لو لم يكن مشروعا لما بطل مسحه إذا خاض الماء ودخل في الخف ولما ترتب عليه حكمه وأنت خبير إذا تأملت كلام المحقق كمال الدين وكلام صاحب الدرر علمت أن تنظير كل منهما في **إشكال** الزيلعي بملحظ غير ملحظ الآخر فمحصل ما قاله المحقق منع صحة كلام الزيلعي ومنع صحة الفرع الذي استند إليه ومحصل ما قاله صاحب الدرر صحة كلامه في ذاته ومنع وروده على النسفي والعلامة الحلبي منع منعه وأثبت وروده عليه وعلى من قال بقوله ورد كلام المحقق والله تعالى الموفق اهـ. ملخصا.

لكن لا يخفى عليك ما في كلام الزيلعي والحلبي من نفي رخصة الإسقاط وادعاء أن ذلك من النوع الثاني، فإن حكمه كما ذكره في الأصول أن الأخذ بالعزيمة أولى كفطر المسافر والغسل حال التخفف ليس كذلك؛ ولهذا قال العلامة محمد القهستاني في شرحه على مختصر الوقاية وليس من رخصة الترفيه في شيء إذ المعنى رخصة مخففة لجواز التأخير عن وقته للعذر، وإن كان الأفضل أن لا يؤخر كقصر المسافر فلو كان منها لزم أن يكون غسل المتخفف أفضل من مسحه ولا يخفى ما في المقام من الكلام الوافي لتحقيق ما في الهداية والكافي فمن قال إن المسح رخصة ترفيه عندهما فقد دل كلامه على بعد من فهم كلام الفحول كما." (١)

"إجابة المؤذن ليست بأذان وفي فتاوى قاضي خان إجابة المؤذن فضيلة وإن تركها لا يأثم، وأما قوله – عليه الصلاة والسلام – «من لم يجب الأذان فلا صلاة له» فمعناه الإجابة بالقدم لا باللسان فقط، وفي المحيط يجب على السامع للأذان الإجابة ويقول مكان حي على الصلاة لا حول ولا قوة إلا بالله ومكان حي على الفلاح ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن؛ لأن إعادة ذلك يشبه الاستهزاء؛ لأنه ليس بتسبيح ولا تهليل وكذا إذا قال الصلاة خير من النوم فإنه يقول صدقت وبررت ولا يقرأ السامع ولا يسلم ولا يرد السلام ولا يشتغل بشيء سوى الإجابة ولو كان السامع يقرأ يقطع القراءة ويجيب وقال الحلواني الإجابة بالقدم لا باللسان حتى لو أجاب باللسان ولم يمش إلى المسجد لا يكون مجيبا ولو كان في المسجد حين سمع الأذان ليس عليه الإجابة وفي الظهيرية ولو كان الرجل في المسجد يقرأ القرآن فسمع الأذان لا يترك القراءة؛ لأنه أجابه بالحضور ولو كان في منزله يترك القراءة ويجيب لعله متفرع على قول الحلواني والظاهر أن الإجابة باللسان واجبة لظاهر الأمر في قوله – صلى الله عليه وسلم – «إذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول» إذ لا تظهر قرينة تصرف عنه بل ربما يظهر استنكار تركه؛ لأنه يشبه عدم الالتفات إليه والتشاغل عنه وفي شرح النقاية ومن سمع الإقامة لا يجيب ولا بأس بأن يشتغل بالدعاء عندهما وفي فتح القدير إن إجابة الإقامة مستحبة وفي غيره أنه يقول إذا سمع قد قامت الصلاة أقامها الله وأدامها وفي التفاريق إذا كان في المسجد أكثر من مؤذن أذنوا واحدا بعد واحد فالحرمة للأول وسئل ظهير الدين عمن سمع في وقت

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٧٥/١

من جهات ماذا عليه قال إجابة أذان مسجده بالفعل وفي فتح القدير وهذا ليس مما نحن فيه إذ مقصود السائل أي مؤذن يجيب باللسان استحبابا أو وجوبا والذي

ـــــــــQ [إجابة المؤذن]

(قوله: وقال الحلواني إلخ) قال في النهر أقول: ينبغي أن لا تجب باللسان اتفاقا على قول الإمام في الأذان بين يدي الخطيب وأن تجب بالقدم اتفاقا في الأذان الأول ومن الجمعة حيث لم يكن في المسجد وباللسان أيضا على الأول إلا أن يقال الواجب إنما هو السعي لا إجابة المؤذن وأثر الخلاف يظهر فيما لو سمع الأذان وهو يقرأ قطع القراءة على الأول للإجابة لا على الثاني، وصرح في المحيط والتحفة بأنه على الأول لا يسلم ولا يشتغل بما سوى الإجابة وهو صريح في كراهة الكلام عند الأذان فما في التجنيس من أنه لا يكره إجماعا استدلالا باختلافهم في كراهته عند أذان الخطبة فإن الإمام إنما كرهه لإلحاق هذه الحالة بحالة الخطبة فكان هذا اتفاقا على أنه لا يكره في غير هذه الحالة ممنوع، واعلم أن قول الحلواني بوجوب الإجابة بالقدم مشكل؛ لأنه يلزم عليه وجوب الأداء في أول الوقت وفي المسجد إذ لا معنى لإيجاب الذهاب دون الصلاة وما في شهادات المجتبى سمع الأذان وانتظر الإقامة في بيته لا تقبل شهادته مخرج على قوله كما لا يخفى، وقد سألت شيخنا الأخ عن هذا فلم يبد جوابا. اهـ.

وقد يجاب بأن ذلك مبني على ما كان في زمن السلف من صلاة الجماعة مرة واحدة وعدم تكررها كما هو في زمنه - صلى الله عليه وسلم - فإنه هو الذي كان يصلي بأصحابه فإذا فرغ فمن تخلف تفوته الجماعة وسيأتي أن الراجح عند أهل المذهب وجوب الجماعة فيجب السعي إليها عند وقتها وذلك بالأذان كما في السعي يوم الجمعة يجب بالأذان لأجل الصلاة لا لذاته فتأمل ذلك فلعله يحصل به التوفيق بين كل من القولين ويؤيد هذا ما سيأتي من أن تكرار الجماعة في مسجد واحد مكروه، قال في شرح الدرر والغرر وفي الكافي ولا تكرر جماعة وقال الشافعي - رحمه الله - يجوز كما في المسجد الذي على قارعة الطريق لنا أنا أمرنا بتكثير الجماعة وفي تكرار الجماعة في مسجد واحد تقليلها؛ لأنهم إذا عرفوا أنهم تفوتهم الجماعة يتعجلون للحضور فتكثر الجماعة، وفي المفتاح إذا دخل القوم مسجدا قد صلى فيه أهله كره جماعة بأذان وإقامة ولكنهم يصلون وحدانا بغير أذان ولا إقامة؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - خرج ليصلح بين الأنصار فاستخلف عبد الرحمن بن عوف - رضي الله تعالى عنه - فرجع بعدما صلى فدخل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بيته وجمع أهله فصلى بهم بأذان وإقامة، فلو كان يجوز إعادة الجماعة في المسجد لما ترك الصلاة فيه والصلاة فيه أفضل. اهـ.

فقد ظهر لك أن القول بوجوب السعي بالقدم ظاهر؛ لأن التخلف يلزمه أحد أمرين تفويت الجماعة أو إعادتها وكل منهما غير جائز، فإن قلت: مقتضى ما قلته أن يكون الظاهر قول الحلواني خلافا لما استظهره الشارح هنا وغيره قلت: لا؛ لأنه لو جمع بأهله فقد أتى بفضيلة الجماعة كما سيذكره هناك وسنذكر عن القنية أنه الأصح، فإن قلت: فعلى هذا لا يلزم أحد المحذورين اللذين ذكرتهما قلت: لا بل يلزم؛ لأن الكلام مبني على قول الحلواني وسيأتي في باب الإمامة أنه سئل عمن يجمع بأهله أحيانا هل ينال ثواب الجماعة قال لا ويكون بدعة ومكروها بلا عذر وسنذكر هناك أن الظاهر أن ذلك مبني على

قوله بوجوب الإجابة بالقدم، والله تعالى أعلم. فقد اتضح الحال وطاح **الإشكال**. (قوله: فقولوا مثل ما يقول إلخ) الظاهر أن المراد بالمماثلة ههنا المشابهة في مجرد القول لا في صفته كرفع الصوت. اهـ. سيد زاده." [١]

"المشايخ في كفره؛ لأنه صارت قبلة في حقه وفي الظهيرية وظن بعض أصحابنا أن الجهة التي أدى إليها التحري قبلة على الحقيقة وعندنا وهذا غير مرضي ففيه قول بأن كل مجتهد يصيب الحق لا محالة ولا نقول به لكن المجتهد يخطئ مرة ويصيب أخرى. اهـ.

وأما صلاته فلا تجزئه وإن أصاب مطلقا خلافا لأبي يوسف وفي فتح القدير هي مشكلة على قولهما؛ لأن تعليلهما في هذه وهو أن القبلة في حقه جهة التحري، وقد تركها يقتضي الفساد مطلقا في صورة ترك التحري؛ لأن ترك جهة التحري تصدق مع ترك التحري وتعليلهما في تلك بأن ما فرض لغيره يشترط مجرد حصوله كالسعي يقتضي الصحة في هذه وعلى هذا لو صلى في ثوب وعنده أنه نجس، ثم ظهر أنه طاهر أو صلى وعنده أنه محدث فظهر أنه متوضئ أو صلى الفرض وعنده أن الوقت لم يدخل فظهر أنه كان قد دخل لا يجزئه؛ لأنه لما حكم بفساد صلاته بناء على دليل شرعي وهو تحريه فلا ينقلب جائزا إذا ظهر خلافه وهذا التعليل يجري في مسألة العدول عن جهة التحري إذا ظهر صوابه وبه يندفع **الإشكال** الذي أوردناه؛ لأن دليل الشرع على الفساد هو التحري أو اعتقاد الفساد عن التحري فإذا حكم بالفساد دليل شرعي لزم وذلك منتف في صورة ترك التحري فكان ثبوت الفساد فيها قبل ظهور الصواب إنما هو لمجرد اعتقاده الفساد فيؤاخذ باعتقاده الذي ليس بدليل إذا لم يكن عن تحر وفي فتاوى العتابي تحرى فلم يقع تحريه على شيء قيل يؤخر وقيل يصلي إلى أربع جهات وقيل يخير وفي الظهيرية ولو تحرى رجل واستوى الحالان عنده ولم يتيقن بشيء ولكن صلى إلى جهة إن ظهر أنه أصاب القبلة جاز وإن ظهر أنه أخطأ فكذلك وإن لم يظهر له شيء جازت صلاته وفي الخلاصة وعن محمد لو صلى أربع ركعات إلى أربع جهات جاز، ثم اختلف المتأخرون فيما إذا تحول رأيه إلى الجهة الأولى بالتحري فمنهم من قال يتم الصلاة ومنهم من قال يستقبل. اهـ.

وفي البغية لو صلى إلى جهة بتحر، ثم تحول رأيه في الركعة الثانية إلى جهة أخرى فتحول وتذكر أنه ترك سجدة من الركعة الأولى فسدت صلاته وفي الظهيرية ويجوز التحري لسجدة التلاوة كما يجوز للصلاة. (قوله: وإن أخطأ لم يعد) ؛ لأنه أتى بالواجب في حقه وهو الصلاة إلى جهة تحريه بخلاف من توضأ بماء أو صلى في ثوب على ظن أنه طاهر، ثم تبين أنه نجس حيث يعيد الصلاة لأنه ترك ما أمر به

ــــــــQ (قوله: وأما صلاته) أي صلاة المصلي إلى غير جهة تحريه. (قوله: وإن أصاب مطلقا) لينظر ما المراد بهذا الإطلاق ولعل المراد به سواء تبين أنه أصاب في الصلاة أو بعدها تأمل. (قوله: يقتضي الفساد مطلقا) أي سواء علم بعد الفراغ أنه أصاب أو لم يعلم. (قوله: إنما هو لمجرد اعتقاده الفساد إلخ) فيه بحث؛ لأن غاية ما ثبت في صورة ترك التحري عدم الجزم وذلك لا يستلزم اعتقاد الفساد ومجرد اعتقاد الفساد ليس بدليل شرعي فلا يستلزم الفساد لما قدمه أن دليل الفساد هو التحري أو الاعتقاد الناشئ عنه وبدون الدليل المعتبر أين يجيء الفساد حتى يؤاخذ به فالمناسب في تقرير **الجواب** ما في

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١/٢٧٣

شرح المنية للعلامة الحلبي حيث قال بخلاف صورة عدم التحري فإنه لم يعتقد الفساد بل هو شاك في الجواز وعدمه على السواء فإذا ظهر إصابته بعد تمام الفعل زال أحد الاحتمالين وتقرر الآخر، وإنما لم يجز البناء إذا علم الإصابة قبل التمام لما قلنا من لزوم بناء القوي على الضعيف ولا كذلك بعد التمام. اهـ.

وأما إذا لم يعلم الحال لا في الصلاة ولا بعدها فمقتضى ما مر من أن عليه الإعادة إلا إن علم بعد الفراغ أنه أصاب وجوب الإعادة ولكن ما سيأتي في تعليل مسألة ما إذا صلى من غير شك ولا تحر من حيث إنه لا إعادة عليه إذا غاب عن ذلك الموضع ولم يظهر الحال بأن الأصل الجواز ولم يوجد ما يرفعه قد يظن جريان هذا التعليل هنا فيقتضي الصحة أيضا ويجاب بأن وجود الشك هنا ينافي كون الجواز هو الأصل. (قوله: وقيل يخير) أي إن شاء أخر وإن شاء صلى الصلاة أربع مرات إلى أربع جهات وهذا هو الأحوط، كذا في شرح المنية وذكر ابن الهمام في زاد الفقير القول الأول جاز ما به وعبر عن القولين بعده بقيل، قلت: وذكر في آخر المستصفى أنه إذا ذكر ثلاثة أقوال فالراجح هو الأول أو الأخير لا الوسط ولا يظهر ما اختاره في شرح المنية كيف وفيه الصلاة إلى غير القبلة بيقين وهو منهي عنه والتوجه إلى القبلة إنما يجب عند القدرة عليه فيلزم عليه فعل المنهي لأجل المأمور وترك النهي مقدم على فعل المأمور والظاهر أن معنى القول الأخير أنه يخير في الصلاة إلى أي جهة شاء يدل عليه ما نقله المؤلف بعده عن الظهيرية؛ لأن حاصله أنه لو صلى إلى أي جهة أراد جازت صلاته وإن ظهر أنه أخطأ؛ لأنه لم يبق مكلفا بجهة خاصة حيث لم يوجد عنده المرجح لأحدها على غيره والطاعة بقدر الطاقة ولا تقصير منه بذلك، فإن قيل يؤخر الصلاة؛ لأن جهته جهة تحريه ولم توجد فله وجه وإن قيل أنه يخير في الجهة؛ لأن التحري إنما يجب حيث أمكن فله وجه، وأما أنه يصلي إلى أربع جهات فلا يظهر وجهه فتأمل. (قوله: إلى أربع جهات) أي بأن تحول رأيه في كل ركعة إلى جهة غير التي صلى إليها." (١)

"القدمين بالتلاعب أشبه منه بالتعظيم والإجلال وسيأتي أنه يكفيه وضع أصبع واحدة، وأنه يصح الاقتصار على الجبهة وعلى الأنف وحده وبيان الخلاف في ذلك، وبما قررناه علم أن تعريف بعضهم السجود بوضع الجبهة ليس بصحيح؛ لأن وضعها ليس بركن؛ لأنه يجوز الاقتصار على الأنف من غير عذر عند أبي حنيفة، وإن كان الفتوى على قولهما، والمراد من السجود: السجدتان فأصله ثابت بالكتاب والسنة والإجماع وكونه مثنى في كل ركعة بالسنة والإجماع، وهو أمر تعبدي لم يعقل له معنى على قول أكثر مشايخنا تحقيقا للابتداء: ومن مشايخنا من يذكر له حكمة: فقيل: إنما كان مثنى ترغيما للشيطان حيث لم يسجد فإنه أمر بسجدة فلم يفعل فنحن نسجد مرتين ترغيما له، وقيل الأولى لامتثال الأمر والثانية ترغيما له حيث لم يسجد استكبارا، وقيل: الأولى لشكر الإيمان والثانية لبقائه، وقيل: في الأولى إشارة إلى أنه خلق من الأرض، وفي الثانية إلى أنه يعاد إليها، وقيل: لما أخذ الميثاق على ذرية آدم أمرهم بالسجود تصديقا لما قالوا فسجد المسلمون كلهم وبقي الكفار فلما رفع المسلمون رءوسهم رأوا الكفار لم يسجدوا فسجدوا ثانيا شكرا للتوفيق كما ذكره شيخ الإسلام.

(قوله والقعود الأخير قدر التشهد) وهي فرض بإجماع العلماء، وقد روى الشيخان وغيرهما من طرق عديدة عن الصحابة

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣٠٤/١

– رضي الله عنهم – «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – حين علم الأعرابي المسيء صلاته أركان الصلاة إلى أن قال فإذا رفعت رأسك من آخر سجدة وقعدت قدر التشهد فقد تمت صلاتك» قال الشيخ قاسم في شرح الدرر قد وردت أدلة كثيرة بلغت مبلغ التواتر على أن القعدة الأخيرة فرض، وفي فتح القدير أن قوله تعالى ﴿وربك فكبر﴾ [المدثر: ٣] وكذا ﴿وقوموا لله﴾ [البقرة: ٢٣٨] ﴿فاقرءوا﴾ [المزمل: ٢٠] ﴿واركعوا – واسجدوا﴾ [الحج: ٤٣ – ٧٧] أوامر والمستفاد منها وجوب المذكورات في الصلاة وهي لا تنفي إجمال الصلاة إذ الحاصل حينئذ أن الصلاة فعل يشتمل على هذه.

بقي كيفية ترتيبها في الأداء وهل الصلاة هذه فقط أو مع أمور أخر؟ وقع البيان في ذلك كله بفعله – صلى الله عليه وسلم – وقوله، وهو لم يفعلها قط بدون القعدة الأخيرة والمواظبة من غير ترك مرة دليل الوجوب فإذا وقعت بيانا للفرض أعني الصلاة المجمل كان متعلقها فرضا بالضرورة، ولو لم يقم الدليل في غيرها من الأفعال على سنيته لكان فرضا، ولو لم يلزم تقييد مطلق الكتاب بخبر الواحد في الفاتحة والطمأنينة، وهو نسخ للقاطع بالظني لكانا فرضين، ولولا أنه – عليه الصلاة والسلام – لم يعد إلى القعدة الأولى لما تركها ساهيا ثم علم لكانت فرضا فقد عرفت أن بعض الصلاة عرف بتلك النصوص ولا إجمال فيها وأنه لا ينفي الإجمال في الصلاة من وجه آخر فما تعلق بالأفعال نفسها لا يكون بيانا، فإن كان ناسخا للإطلاق وهو قطعي نسخ للعلم بأنه – صلى الله عليه وسلم – قاله، وهو أدرى بالمراد، وإن لم يكن قطعيا لم يصلح لذلك وإلا لزم تقديم الظني عند معارضة القطعي، وهو لا يجوز في قضية العقل وعما ذكرنا كان تقديم القيام على الركوع، والركوع على السجود فرضا؛ لأنه بينها كذلك اهـ.

وقوله (قدر التشهد) بيان لقدر الفرض منها، وهو الأصح للعلم بأن شرعيتها لقراءته، وأقل ما ينصرف إليه اسم التشهد عند الإطلاق ذلك وعلى هذا ينشأ إشكال، وهو أن يكون ما شرع لغيره بمعنى أن المقصود من شرعيته غيره يكون آكد من ذلك الغير مما لم يعهد بل وخلاف المعقول، فإذا كان شرعية القعدة للذكر أو السلام كانت دونهما فالأولى أن يعين سبب شرعيتها الخروج كذا في فتح القدير وذكر الولوالجي في آخر فتاواه من مسائل متفرقة رجل صلى

ـــ

للوضع لأنهما مما يتأتى مع استقبال القبلة ووضع الخد لا يتأتى إلا بالانحراف عن القبلة فتعينت الجبهة والأنف للسجود شرعا ولأن السجود على الذقن لم يعهد تعظيما، والصلاة إنما شرعت بأفعال تعرف تعظيما، وأما قوله تعالى ﴿يخرون للأذقان سجدا﴾ [الإسراء: ١٠٧] فمعناه: يقعون على وجوههم سجدا أو المراد بالأذقان: الوجوه، كذا قال ابن عباس – رضي الله تعالى عنهما – كذا في شرح الشيخ إسماعيل، وفي لزوم زيادة قيد الاستقبال نظر لأنه شرط خارج عن حقيقة السجود المعرف.

(قوله وإن كان الفتوى على قولهما) قال في النهر وأنت خبير بأن التعريف حيث جاء على الراجح فلا وجه لدعوى عدم صحته قال الشيخ إسماعيل وأجاب عنه تلميذه شيخنا أمتع الله تعالى بحياته: بأن التعريف المطابق لقول الكنز الذي هو بصدد شرحه إنما هو على قول الإمام فلا يلزم من كون قولهما هو المفتى به أن يكون مطابقا للكنز وأقول: إن أراد صاحب البحر بالبعض المعرف بذلك أحد شراح الكنز فهذا الجواب واضح لعدم مطابقته حينئذ المشروح، وإن أراد صاحب المغرب حيث عرف بذلك وغيره من شراح كلام من مشى على قول الإمام فليس بكاف في الجواب والله تعالى أعلم بالصواب.

(قوله في شرح الدرر) يعني درر البحار للقونوي (قوله فالأولى أن يعين سبب شرعيتها الخروج) أي ليندفع." (١)

"أربع ركعات وجلس جلسة خفيفة فظن أن ذلك ثالثة فقام، ثم تذكر فجلس وقرأ بعض التشهد وتكلم إن كان كلا الجلستين مقدار التشهد جازت صلاته، وإن كانت أقل فسدت اه.

وبهذا علم أن القعود قدر التشهد لا يشترط فيه الموالاة وعدم الفاصل، ثم بعد الاتفاق على فرضيتها اختلفوا في ركنيتها، فقال: بعضهم هي ركن من الأركان الأصلية، قال في البدائع وإليه مال عصام بن يوسف والصحيح أنها ليست بركن أصلي لعدم توقف الماهية عليها شرعا؛ لأن من حلف لا يصلي يحنث بالرفع من السجود دون توقف على القعدة فعلم أنها شرعت للخروج وهذا لأن الصلاة أفعال وضعت للتعظيم وهي بنفسها غير صالحة للخدمة؛ لأنها من باب الاستراحة فتمكن الخلل في كونها ركنا أصليا ولم أر من تعرض لثمرة هذا الاختلاف اه.

(قوله والخروج بصنعه) أي الخروج من الصلاة قصدا من المصلي بقول أو عمل ينافي الصلاة بعد تمامها فرض، سواء كان ذلك قوله السلام عليكم ورحمة الله كما تعينه لذلك هو الواجب، أو كان فعلا مكروها كراهة تحريم ككلام الناس أو أكل أو شرب أو مشي، وإنما كان مكروها كراهة تحريم لكونه مفوتا للواجب، وهو السلام، وهذا الفرض مختلف فيه فما ذكره المصنف إنما هو على تخريج أبي سعيد البردعي فإنه فهم من قول أبي حنيفة بالفساد في المسائل الاثنى عشرية أن الخروج منها بفعله فرض وعلل له بأن إتمامها فرض بالإجماع وإتمامها بإنهائها، وإنهاؤها لا يكون إلا بمنافيها؛ لأن ما كان منها لا ينهيها وتحصيل المنافي صنع المصلي فيكون فرضا وفهم من قولهما بعدم الفساد فيها بأنه ليس بفرض وعلل له بأن الخروج بصنعه لو كان فرضا لتعين بما هو قربة كسائر فرائض الصلاة وذلك منتف؛ لأنه قد يكون بما هو معصية كالقهقهة والحدث والكلام العمد فلا يجوز وصفه بالفرض، وذهب الكرخي إلى أنه لا خلاف بينهم في أن الخروج بفعل المصلي ليس بفرض ولم يرو عن أبي حنيفة بل هو حمل من أبي سعيد كما ذكرناه، وهو غلط؛ لأنه لو كان فرضا لاختص بما هو قربة وسيأتي وجه الفساد عنده في المسائل المذكورة في محله إن شاء الله تعالى وصحح الشارح وغيره قول الكرخي، وفائدة الخلاف على رأي البردعي تظهر فيما إذا سبقه الحدث بعدما قعد قدر التشهد في القعدة الأخيرة فإن صلاته تامة فرضا عندهما وعند أبي حنيفة لم تتم صلاته فرضا فيتوضأ ويخرج منها بفعل مناف لها فلو لم يتوضأ ولم يأت بالسلام حتى أتى بمناف فسدت عنده لا عندهما واتفقوا على الوضوء والسلام كذا في منية المصلي وشرحها، وفيه نظر سنذكره إن شاء الله تعالى

ثم اعلم أن هذه الفرائض المذكورة إذا أتى بها نائما فإنها لا تحتسب بل يعيدها كما إذ قرأ نائما أو ركع نائما وهذه المسألة يكثر وقوعها لا سيما في التراويح كذا في منية المصلي.

والحاصل أنهم اختلفوا في أن قراءة النائم في صلاته هل يعتد بها؟ فقيل نعم واختاره الفقيه أبو الليث؛ لأن الشرع جعل النائم كالمستيقظ في الصلاة تعظيما لأمر المصلي واختار فخر الإسلام وصاحب الهداية وغيرهما أنها لا تجوز ونص في المحيط

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١/٣١٠

والمبتغي على أنه الأصح؛ لأن الاختيار شرط لأداء العبادة ولم يوجد حالة النوم قال في فتح القدير والأوجه اختيار الفقيه والاختيار المشروط قد وجد في ابتداء الصلاة، وهو كاف ألا يرى أنه لو ركع وسجد ذاهلا عن فعله كل الذهول أنه يجزئه اهـ وهذا يفيد أنه لو ركع وسجد حالة النوم يجزئه.

ـــــــ‌ـ**الإشكال** المذكور ولكنه لا يندفع على قول الكرخي الآتي (قوله والصحيح أنها ليست بركن أصلي) هذا يقتضي أنها ركن زائد كما في النهر ولكن الظاهر أن مراده نفي الركنية أصلا بدليل ما بعده لأن عدم توقف الماهية عليه شرعا لا يقتضي كونها ركنا زائدا لأن الركن الزائد قد تتوقف عليه الماهية كالقراءة ومن حلف لا يصلي فصلى ركعة بلا قراءة لا يحنث فكيف يستدل على أن القعدة ركن زائد بذلك فتعين أن مراده تصحيح أنها شرط، ولذا قال في النهر: الظاهر شرطيته لقولهم لو كان ركنا لتوقفت الماهية عليه لكنها لا تتوقف عليه فإن من حلف إلخ (ولم أر من تعرض لثمرة هذا الخلاف) بين الثمرة الشيخ حسن الشرنبلالي في إمداد الفتاح وهي الاعتداد بها إذا نام فيها كلها وعدمه، فعلى القول بركنيتها لا يعتد بها وعلى القول بأنها ليست بركن يعتد بها كما يدل عليه ما يأتي عن التحقيق للشيخ عبد العزيز.

(قوله وفيه نظر سنذكره إن شاء الله تعالى) هو قوله وفيه نظر بل لا يكاد يصح لأنه إذا أتى بمناف بعد سبق الحدث فقد خرج منها بصنعه ولهذا قال الشارح الزيلعي، وكذا إن سبقه الحدث بعد التشهد، ثم أحدث متعمدا قبل أن يتوضأ تمت صلاته ولم يحك خلافا وإنما ثمرة الخلاف تظهر فيما إذا خرج منها لا بصنعه كالمسائل الاثنى عشرية اهـ.

(قوله والاختيار المشروط قد وجد إلخ) قال الحلبي في شرح المنية **والجواب** أنا نمنع كون الاختيار في الابتداء كافيا ولا نسلم أن الذاهل غير مختار." (١)

"قول أبي يوسف بالفرضية مشكل؛ لأنه وافقهما في الأصول أن الزيادة على الخاص بخبر الواحد لا تجوز فكيف استقام له القول بالجواز هنا

ولهذا والله أعلم قال المحقق ابن الهمام: يحمل قول أبي يوسف بالفرضية على الفرض العملي، وهو الواجب فيرتفع الخلاف اهـ.

ويؤيده أن هذا الخلاف لم يذكر في ظاهر الرواية على ما قالوا كما في شرح منية المصلي، ولهذا لم يذكر صاحب الأسرار خلاف أبي يوسف، وإنما قال: قال علماؤنا: الطمأنينة في الركوع والسجود وفي الانتقال من ركن إلى ركن ليس بركن، وكذلك الاستواء بين السجدتين وبين الركوع والسجود اهـ.

وينبغي أن يحمل ما ذهب إليه الطحاوي من الافتراض على الفرض العملي كما قررناه ليوافق أصول أهل المذهب وإلا **فالإشكال** أشد. قيد بالطمأنينة في الأركان أي الركوع والسجود؛ لأن الطمأنينة في القومة والجلسة سنة عند أبي حنيفة ومحمد بالاتفاق وعند أبي يوسف فرض كما تقدم

وفي شرح الزاهدي ما يدل على وجوبها عندهما كوجوبها في الأركان فإنه قال وذكر صدر القضاة: وإتمام الركوع وإكمال كل

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣١١/١

ركن واجب عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف والشافعي فرض، وكذا رفع الرأس من الركوع والانتصاب والقيام والطمأنينة فيه فيجب أن يكمل الركوع حتى يطمئن كل عضو منه ويرفع رأسه من الركوع حتى ينتصب قائما ويطمئن كل عضو منه، وكذا في السجود، ولو ترك شيئا من ذلك ناسيا يلزمه سجدتا السهو

ولو تركها عمدا يكره أشد الكراهة ويلزمه أن يعيد الصلاة. اهـ. وهو يدل على وجوب القومة والجلسة وسيأتي التصريح بسنيتهما ومقتضى الدليل وجوب الطمأنينة في الأربعة ووجوب نفس الرفع من الركوع والجلوس بين السجدتين للمواظبة على ذلك كله وللأمر في حديث المسيء صلاته، وفي فتاوى قاضي خان في فصل ما يوجب السهو قال: المصلي إذا ركع ولم يرفع رأسه من الركوع حتى خر ساجدا ساهيا تجوز صلاته في قول أبي حنيفة ومحمد وعليه السهو. اهـ.

وفي المحيط لو ترك تعديل الأركان أو القومة التي بين الركوع والسجود ساهيا لزمه سجود السهو اهـ.

فيكون حكم الجلسة بين السجدتين كذلك؛ لأن الكلام فيهما واحد والقول بوجوب الكل هو مختار المحقق ابن الهمام وتلميذه ابن أمير حاج حتى قال إنه الصواب والله الموفق للصواب.

(قوله والقعود الأول) لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - واظب عليه في جميع العمر وذا يدل على الوجوب إذا قام دليل عدم الفرضية، وقد قام هنا؛ لأنه روي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «قام إلى الثالثة فسبح له فلم يرجع» صححه الترمذي، ولو كان فرضا لرجع وما في الكتاب من الوجوب قول الجمهور، وهو الصحيح وعند الطحاوي والكرخي هي سنة، وفي البدائع وأكثر مشايخنا يطلقون عليها اسم السنة إما لأن وجوبها عرف بالسنة فعلا أو لأن السنة المؤكدة في معنى الواجب وهذه القعدة للفصل بين الشفعين وأراد بالأول غير الآخر لا الفرض السابق إذ لو أريد به السابق لم يفهم حكم القعدة الثانية

ـــــــQالفرض هو الثاني يلزم منه أنه ركن (قوله فيرتفع الخلاف) قال في النهر أنت خبير بأن صحة رفع الخلاف موقوفة على أن يراد بالواجب على قولهما أقوى نوعيه، وهو ما يفوت الجواز بفوته لكنه لا يفوت على قولهما ويفوت على قوله، فأنى يرتفع؟ وقد صرح في السهو بذلك حيث قال لو ترك القومة والجلسة فسدت صلاته عند أبي يوسف خلافا لهما اهـ.

وعلى هذا **فالإشكال** باق لكن قال بعض الفضلاء يمكن **الجواب** بأن الركوع والسجود ذكر في الآية الشريفة مطلقين فانصرفا إلى الكامل، وهو ما كان بصفة التعديل وحينئذ لا يرد عليه لزوم الزيادة بخبر الواحد اهـ.

وفي حواشي الدرر للعلامة نوح أفندي بعدما قرر نحو ما في النهر وإن المذكور في عامة الكتب أن أبا يوسف يقول إن الطمأنينة في الركوع والسجود والقومة والجلسة فرض قطعي كما قالت به الأئمة الثلاثة مستدلا بالسنة، وأن أبا حنيفة ومحمدا يقولان إنها ليست بفرض مستدلين بالكتاب بل هي في الركوع والسجود واجبة، وفي القومة والجلسة سنة على تخريج الكرخي، وهو المذهب وسنة في الكل على تخريج الجرجاني قال ما نصه: والذي ظهر للعبد الفقير في دفع هذا **الإشكال** العسير أن المراد بالركوع والسجود في الآية عند هما معناهما اللغوي، وهو معلوم فلا يحتاج إلى البيان فلو قلنا بافتراض التعديل لزم الزيادة على النص بخبر الواحد، وعند أبي يوسف معناهما الشرعي، وهو غير معلوم فيحتاج إلى البيان فجعل خبر الواحد والمواظبة بيانا له فهما خاصان عندهما مجملان عنده، ثم رأيت ابن الهمام أشار إلى ما سنح لي حيث قال: وهذه أي القومة

والجلسة والطمأنينة في الركوع والسجود فرائض للمواظبة الواقعة بيانا اهـ فحمدت الله تعالى على ذلك، ثم إني رأيت صاحب البرهان أوضح هذا المقام طبق ما ظهر للعبد الذليل فحمدت الله تعالى ثانيا اهـ ملخصا، وهو كلام في غاية الكمال، به ينقطع عرق الإشكال والله أعلم

(قوله وأراد بالأول غير الآخر إلخ) قال في النهر: لكن يرد عليه ما في الفتح." (١)

"المصنف إلى أنه لا يزيد على الاستفتاح فلا يأتي بدعاء التوجه، وهو وجهت وجهي لا قبل الشروع ولا بعده هو الصحيح المعتمد ونص في البدائع على أن عن أبي يوسف روايتين: في رواية يقدم التسبيح على التوجه وصححه الزاهدي، وفي رواية: إن شاء قدمه، وإن شاء أخره، وقد روى البيهقي عن جابر مرفوعا أنه - صلى الله عليه وسلم - «كان يجمع بينهما» ، وهو محمول على النافلة؛ لأن مبناها على التوسع ويدفعه ما رواه ابن حبان في صحيحه «كان إذا قام للصلاة المكتوبة يجمع بينهما» ومنهم من أجاب بأن ذلك كان في أول الأمر، ويدل عليه أن عمر - رضي الله عنه - جهر بالتسبيح فقط لتقتدي الناس به ويتعلموه فهو ظاهر في أنه وحده هو الذي كان عليه النبي - صلى الله عليه وسلم - آخر الأمر في الفرائض، وفي منية المصلي وإذا زاد " وجل ثناؤك " لا يمنع، وإن سكت لا يؤمر به، وفي الكافي أنه لم ينقل في المشاهير، وفي البدائع أن ظاهر الرواية الاقتصار على المشهود فالحاصل أن الأولى تركه في كل صلاة نظرا إلى المحافظة على المروي من غير زيادة عليه في خصوص هذا المحل، وإن كان ثناء على الله تعالى، ثم اعلم، أنه يقول في دعاء التوجه: " وأنا من المسلمين "، ولو قال " وأنا أول المسلمين " اختلف المشايخ في فساد صلاته والأصح عدم الفساد وينبغي أن لا يكون فيه خلاف لما ثبت في صحيح مسلم من الروايتين بكل منهما وتعليل الفساد بأنه كذب مردود بأنه إنما يكون كذبا إذا كان مخبرا عن نفسه لا تاليا وإذا كان مخبرا فالفساد عند الكل.

(قوله وتعوذ سرا) أي قال المصلي: أعوذ بالله من الشيطان الرجيم، وهو اختيار أبي عمرو وعاصم وابن كثير، وهو المختار عندنا، وهو قول الأكثر من أصحابنا؛ لأنه المنقول من استعاذته - صلى الله عليه وسلم - وبهذا يضعف ما اختاره في الهداية من أن الأولى أن يقول: أستعيذ بالله ليوافق القرآن يعني؛ لأن المذكور فيه ﴿فاستعذ﴾ [الأعراف: ٢٠٠] بصيغة الأمر من الاستعاذة وأستعيذ مضارعها فيتوافقان بخلاف أعوذ فإنه من العوذ لا من الاستعاذة وجوابه كما في فتح القدير أن لفظ استعذ طلب العوذ، وقوله أعوذ مثال مطابق لمقتضاه أما قربه من لفظه فمهدر، وفي البدائع ولا ينبغي أن يزيد عليه أن الله هو السميع العليم يعني كما هو اختيار نافع وابن عامر والكسائي؛ لأن هذه الزيادة من باب الثناء وما بعد التعوذ محل القراءة لا محل الثناء، وقد قدم المصنف أنه سنة لقوله تعالى ﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم﴾ [النحل: ٩٨] أي إذا أردت قراءة القرآن، فأطلق المسبب على السبب، وإنما لم يكن واجبا لظاهر الأمر؛ لأن السلف أجمعوا على سنيته كما نقله المصنف في الكافي ولم يعين سند الإجماع الذي هو الصارف للأمر عن ظاهره وعلى القول بأنه لا

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١/٣١٧

يحتاج إلى سند بل يجوز أن يخلق الله لهم علما ضروريا يستفيدون به الحكم فلا **إشكال** وروى ابن أبي شيبة عن إبراهيم النخعي عن ابن مسعود أربع يخفيهن الإمام التعوذ والتسمية وآمين وربنا لك الحمد فقوله سرا عائد إلى الاستفتاح والتعوذ (قوله للقراءة فيأتي به المسبوق لا المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيدين) يعني أن التعوذ سنة القراءة فيأتي به كل قارئ للقرآن؛ لأنه شرع لها صيانة عن وساوس الشيطان فكان تبعا لها، وهو قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هو تبع للثناء وفائدة الخلاف في ثلاث مسائل: إحداها: أنه لا يأتي به المقتدي عندهما؛ لأنه لا قراءة عليه ويأتي به عنده؛ لأنه يأتي بالثناء، ثانيها: أن الإمام يأتي بالتعوذ بعد تكبيرات الزوائد في الركعة الأولى عندهما ويأتي به الإمام والمقتدي بعد الثناء قبل التكبيرات عنده، ثالثها: أن المسبوق لا يأتي به للحال ويأتي به إذا قام إلى

ـــــــQ (قوله وهو قول الأكثر من أصحابنا) قال في النهر: وجعله الشارح ظاهر المذهب وادعى بعضهم إجماع القراء عليه من حيث الرواية وهذا لأن السنن إنما دخلت في الأمر دلالة على طلب الاستعاذة، فالقائل أعوذ ممتثل لا أستعيذ لأنه طلب للاستعاذة لا متعوذ ولذا كان أعوذ هو المنقول من استعاذته – عليه الصلاة والسلام – وقول الجوهري عذت بفلان واستعذت به التجأت إليه مردود عليه عند أهل اللسان كذا في النشر لابن الجزري (قوله لأن السلف أجمعوا على سنيته) قال في النهر في دعوى الإجماع نزاع فقد روي الوجوب عن عطاء والثوري، وإن كان جمهور السلف على خلافه كما في الفتح (قوله فقوله سرا عائد إلخ) قال في النهر كونه قيدا في الاستفتاح أيضا بعيد، وعليه فهو من التنازع بل هو حال من فاعل تعوذ ويجوز أن يكون صفة لمصدر محذوف بل هو أولى لأن مجيء المصدر المنكر حالا وإن كثر إلا أنه سماعي. اهـ. وفي قوله فهو من التنازع نظر لما قاله بعض الفضلاء عن همع الهوامع من أن التنازع يقع في كل معمول إلا المفعول والتمييز، وكذا الحال خلافا لابن معطي ولذا قال الشيخ علاء الدين الحصكفي فهو كالتنازع أي شبيه بالتنازع الذي هو تعلق عاملين فأكثر من الفعل أو شبهه باسم فأكثر (قوله الرواية) لعله الدراية تأمل اهـ منه.." (١)

"– صلى الله عليه وسلم – وأبي بكر وعمر وعثمان فلم أسمع أحدا منهم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم، وإن كان قد أجاب عنه أئمتنا بأنه لم يرد نفي القراءة بل السماع للإخفاء بدليل ما رواه أحمد عنه فكانوا لا يجهرون ب بسم الله الرحمن الرحيم، وهو دليلنا على الإخفاء بها، ولولا التصريح بلزوم السهو بتركها لقلت: إن الوجوب في كلامهم بمعنى الثبوت، أطلق فشمل الصلاة الجهرية والسرية فما في منية المصلي من أن الإمام إذا جهر لا يأتي بها وإذا خافت يأتي بها غلط فاحش مخالف لكل الروايات، وقوله في كل ركعة أي في ابتداء كل ركعة فلا تسن التسمية بين الفاتحة والسورة مطلقا عندهما، وقال محمد تسن إذا خافت لا إن جهر وصحح في البدائع قولهما، والخلاف في الاستنان أما عدم الكراهة فمتفق عليه، ولهذا صرح في الذخيرة والمجتبى بأنه إن سمى بين الفاتحة والسورة كان حسنا عند أبي حنيفة سواء كانت تلك السورة مقروءة سرا أو جهرا ورجحه المحقق ابن الهمام وتلميذه الحلبي لشبهة الاختلاف في كونها آية من كل سورة، وإن كانت الشبهة في ذلك دون الشبهة الناشئة من الاختلاف في كونها آية من الفاتحة، وما في القنية من أنه يلزمه سجود السهو بتركها بين الفاتحة والسورة فبعيد جدا، كما أن قول من قال لا يسمي إلا في الركعة الأولى قول غير صحيح بل قال الزاهدي إنه غلط على

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣٢٨/١

أصحابنا غلطا فاحشا، وفي ذكر التسمية بعد التعوذ إشارة إلى محلها فلو سمى قبل التعوذ أعادها بعده لعدم وقوعها في محلها، لو نسيها حتى فرغ من الفاتحة لا يسمي لأجل فوات محلها.

(قوله هي آية من القرآن أنزلت للفصل بين السور ليست من الفاتحة ولا من كل سورة) بيان للأصح من الأقوال كما في المحيط وغيره ورد للقولين الآخرين: أحدهما: أنها ليست قرآنا، وهو قول بعض مشايخنا لاختلاف العلماء والأخبار فيها فأورث شبهة، ثانيهما: أنها من الفاتحة ومن كل سورة ونسب إلى الشافعي، ووجه الأصح إجماعهم على كتابتها مع الأمر بتجريد المصحف، وقد تواترت فيه، وهو دليل تواتر كونها قرآنا وبه اندفعت الشبهة للاختلاف، وإنما لم يحكم بكفر منكرها؛ لأن إنكار القطعي

ـــــــــــــــــــــــــــــ (قوله وإن كان قد أجاب عنه إلخ) استدراك **جواب** عما يرد أن ما استدللتم به هو حجة عليكم أيضا فإنه يدل على عدم السنية أيضا وأنتم لا تقولون بذلك.

(قوله فما في منية المصلي إلخ) قال الرملي أولها شارحها الحلبي بقوله أي لا يأتي بها جهرا بل يأتي بها سرا اهـ.

ولا يخفى بعده (قوله وقال محمد تسن إن خافت) أي تسن في السرية. قال في النهر: وجعله في الخلاصة رواية الثاني عن الإمام، وفي المستصفى وعليه الفتوى، وفي البدائع الصحيح قولهما، وفي العتابية والمحيط قول محمد هو المختار ونقل ابن الضياء في شرح الغزنوية عن شرح عمدة المصلي أنه إنما اختير قول أبي يوسف هذا لأن لفظة الفتوى آكد وأبلغ من لفظة المختار (قوله لا يسمي لأجل فوات محلها) عبارة شرح المنية لابن أمير حاج لا يسمي لأجلها لفوات محلها

(قوله وإنما لم يحكم إلخ) عبارته في شرحه على المنار أوضح مما هنا، ونصها: وقد اختلف في البسملة والحق أنها من القرآن لكن لم يكفر جاحدها مع إنكار القطعي للشبهة القوية بحيث يخرج بها كونها من القرآن من حيز الوضوح إلى حيز **الإشكال** فهي قرآن لتواترها في محلها ولا كفر لعدم تواتر كونها في الأوائل قرآنا.

والحاصل أن الموجب لتكفير جاحده إنكار ما تواتر في محله وما تواتر كونه قرآنا والمعتبر في إثبات القرآنية الأول فقط، انتهت، وقد ظهر أن قوله هنا بتواتر كونها قرآنا صوابه بعدم تواتر إلخ كما لا يخفى، وقد رأيته ملحقا في بعض النسخ. هذا واعلم أن في كلامه في البحر اضطرابا وذلك أنه ذكر أولا في وجه الأصح أن تواترها في المصحف دليل تواتر قرآنيتها، وأن بذلك اندفعت الشبهة في قرآنيتها ومعلوم أن تواترها في أوائل السور، وقد حكم بأن ذلك دليل تواتر قرآنيتها، واللازم من ذلك تواتر كونها قرآنا في الأوائل، ثم حكم بأن فيها شبهة فناقض صدر كلامه، وكذلك قوله فالموجب لتكفير من أنكر القرآن إنكار ما تواتر كونه قرآنا مناقض لما قبله من إثبات تواتر كونها قرآنا، وكذا قوله: وبتواتر كونها قرآنا إلخ مناقض لقوله: فالموجب إلخ وعلى نسخة وبعدم تواتر مناقض لقوله: وهو دليل تواتر كونها قرآنا كما لا يخفى والصواب في تقرير هذا المحل ما ذكره المحقق ابن الهمام في كتابه التحرير، وهو أن القطعي إنما يكفر منكره إذا لم تثبت فيه شبهة قوية كإنكار ركن وهنا قد وجدت وذلك لأن من أنكرها كمالك ادعى عدم تواتر كونها قرآنا في الأوائل وأن كتابتها فيها لشهرة استنان الافتتاح بها في الشرع والآخر يقول إجماعهم على كتابتها مع أمرهم بتجريد المصاحف يوجب كونها قرآنا والاستنان لا يسوغ الإجماع

لتحققه في الاستعاذة، والأحق أنها من القرآن لتواترها في المصحف، وهو دليل كونها قرآنا ولا نسلم توقف ثبوت القرآنية على تواتر الأخبار بكونها قرآنا بل الشرط فيما هو قرآن تواتره في محله فقط، وإن لم يتواتر كونه في محله من القرآن اهـ.
وقوله ولا نسلم رد لما." (١)

"امرأة بحذاء الإمام، وقد نوى إمامتها تفسد صلاة الإمام والقوم، وإن قامت في الصف تفسد صلاة رجلين من جانبيها وصلاة رجل خلفها، ولو تقدمت على الإمام لا تفسد صلاة الإمام والقوم ولكن تفسد صلاتها، ولو كان صف من النساء بين الإمام والرجال لا يصح اقتداء الرجال بالإمام ويجعل حائلا، ولو كان في صف الرجال ثنتان من النساء تفسد صلاة رجل عن يمينهما وصلاة رجل عن يسارهما وصلاة رجلين خلفهما فقط، ولو كان ثلاثة تفسد صلاة ثلاثة ثلاثة خلفهن إلى آخر الصفوف وواحد عن أيمانهن وواحد عن يسارهن؛ لأن الثلاثة جمع صحيح فصار كالصف فيمنع صحة الاقتداء في حق من صرن حائلات بينه وبين إمامه

وفي المحيط عن الجرجاني لو كبرت في الصف الأول وركعت في الصف الثاني وسجدت في الصف الثالث فسدت صلاة من عن يمينها ويسارها وخلفها في كل صف؛ لأنها أدت في كل صف ركنا من الأركان فصار كالمدفوع إلى صف النساء، ووجه **إشكاله** أن الرجل الذي هو خلفها أو الصف الذي هو خلفهن بينها وبينه فرجة قدر قامة الرجل، وقد جعلوا الفرجة كالحائل فيمن عن جانبها أو خلفها كما قدمناه عن المجتبى وغيره فتعين أن يحمل على ما إذا كان خلفها من غير فرجة محاذيا لها بحيث لا يكون بينهما وبينه قدر قامة الرجل، ولهذا قال في السراج الوهاج، ولو قامت المرأة وسط الصف فإنها تفسد صلاة ثلاثة: واحد عن يمينها وواحد عن يسارها وواحد خلفها بحذائها ولا تفسد صلاة الباقين اهـ.

فقد شرط أن يكون من خلفها محاذيا لها للاحتراز عما إذا كان بينه وبينها فرجة، وكذا صرح الزيلعي الشارح فقال في المرأتين يفسدان صلاة رجلين خلفهما بحذائهما، ثم رأيت بعد ذلك مصرحا به في الكافي للحاكم الشهيد، وفي المجتبى، ولو كان الرجل على سترة أو رف والمرأة قدامه تفسد سواء كان قدر قامة الرجل أو دونه وهذا إذا لم يكن على الرف سترة فأما إذا كان عليه سترة قدر ذراع لا تفسد في جميع الأحوال اهـ.

وقدمنا عن

ـــــــQصف النساء على الصف الذي خلفه من الرجال اهـ.

قال في النهر بعده أقول: لو حمل الفساد في الصف على ما إذا كان الرجال بحذائهن لاستقام، وقد قيد الشارح فساد من خلف الاثنتين بما إذا كان بحذائهما ولا فرق يظهر فتدبره أي لا فرق بين الاثنتين وبين الصف في التقييد بالمحاذاة وهذا ميل إلى ما جمع به أخوه المؤلف بقوله الآتي فتعين إلخ

(قوله قدر قامة الرجل) قد فسر الفرجة فيما مر بأن تكون قدر ما يقوم به الرجل وهذا القدر أقل من قدر قامته، فإن أراد بقدر القامة ما مر يكون تساهل بالتعبير وإلا فيحتاج إلى ثبت ونقل أن المراد بالفرجة ذلك مع أنه مخالف لما نقله عنهم والظاهر أن قامة محرفة من مقام فإنه في الفتح عبر به حيث قال والفرجة تقوم مقام الحائل وأدناها قدر مقام الرجل (قوله

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١/ ٣٣٠

فتعين أن يحمل إلخ) يؤيد هذا الحمل قول معراج الدراية المار في تقييد عدم الفساد إذا قامت أمامه وبينهما هذه الفرجة فأشار بهذه إلى الفرجة السابقة وهي ما تسع الرجل واعترضه بعض الفضلاء فقال الحق أن تقدمها على من خلفها بإزائها مفسد كيفما كان وحيث اتفقوا على نقله عن أصحابنا كما قدمه عن غاية البيان فلا يعارضه ما عن معراج الدراية والبقالي؛ لأنه محكي بقيل، وما عينه وإن صح في المرأة بأن يكون من خلفها قريبا منها بحيث لا يكون بينه وبينها قدر ما يسع الرجل، وكذا المرأتان لكنه لا يصح في الثلاث حيث صرحوا ببطلان ثلاثة ثلاثة إلى آخر الصفوف فإن من في الصف الثاني ومن بعده بينه وبينهن حائل ومع ذلك حكموا ببطلان صلاته وقوله فقد شرط إلخ ممنوع فإن المحاذاة صادقة بالقرب والبعد ولو كانت المحاذاة مستلزمة لعدم الفرجة لم يكن للتقييد بقولهم ولا حائل بينهما أو فرجة تسع رجلا بعد قولهم وإن حاذته معنى اهـ.

أقول: قول هذا المعترض لكنه لا يصح في الثلاث إلخ يؤخذ **الجواب** عنه من قول الشارح الزيلعي ولو كان صف تام من النساء خلف الإمام ووراءهن صفوف من الرجال فسدت صلاة تلك الصفوف كلها وفي القياس أن تفسد صلاة صف واحد لا غير لوجود الحائل في حق باقي الصفوف. وجه الاستحسان ما تقدم من أثر عمر – رضي الله تعالى عنه – أي قوله من كان بينه وبين إمامه طريق أو نهر أو صف من نساء فليس هو مع الإمام، وقد ذكر المؤلف عن غاية البيان أن الثلاث كالصف ولكن في حق من حلق بينه وبين الإمام فأفاد أن مقتضى القياس ذلك ولكن عدل عنه لما ذكر، هذا والذي يظهر أن ما ذكره المؤلف من التوفيق بما ذكره ليس معناه أن يكون الرجل خلفها بحذائها ملتصقا بها فإن ذلك بعيد عن الفهم جدا؛ لأن إطلاقهم الصف ينصرف إلى ما هو العادة فيه والعادة في الصفوف أن يكون بين الصفين فرجة يمكن سجود الصف المتأخر فيها وهذه الفرجة أكثر مما يسع الرجل بل المراد باشتراط فساد من خلفها بأن يكون محاذيا لها أن يكون مسامتا لها من خلفها احتراز عن غير المسامت بأن يكون خلفها من جهة اليمين أو اليسار وقوله في السراج وسط الصف احتراز عما إذا قامت في طرفه فإنه لا تفسد صلاة ثلاثة بل اثنين من في جانبها ومن خلفها.." (١)

"ارتفعت عنده قال في الهداية وقد أنكر أبو يوسف هذه الرواية عنه وقال رويت لك عن أبي حنيفة أنه يلزمه قضاء ركعتين ومحمد لم يرجع عن روايته عنه انتهى وقال فخر الإسلام واعتمد مشايخنا رواية محمد ويحتمل أن يكون ما حكى أبو يوسف من قول أبي حنيفة قياسا وما ذكره محمد استحسانا ذكر القياس والاستحسان في الأصل ولم يذكره في الجامع الصغير انتهى وذكر قاضي خان في شرح الجامع الصغير أن ما رواه محمد هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وفي فتح القدير واعتمد المشايخ رواية محمد مع تصريحهم في الأصول بأن تكذيب الفرع الأصل يسقط الرواية إذا كان صريحا والعبارة المذكورة في الكتاب وغيره عن أبي يوسف من مثل الصريح على ما يعرف في ذلك الموضع فليكن لا بناء على أنه رواية بل تفريع صحيح على أصل أبي حنيفة وإلا فهو مشكل انتهى

وبما ذكرناه عن قاضي خان ارتفع **الإشكال** لتصريحه بأنها ظاهر الرواية كأنه لثبوتها بالسماع لمحمد من أبي حنيفة لا بواسطة أبي يوسف فلذا اعتمدها المشايخ وفي غاية البيان معزيا إلى فخر الإسلام كان أبو يوسف يتوقع من محمد أن يروي كتابا

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣٧٩/١

عنه فصنف محمد هذا الكتاب أي الجامع الصغير وأسنده عن أبي يوسف إلى أبي حنيفة فلما عرض على أبي يوسف استحسنه وقال حفظ أبو عبد الله إلا مسائل خطأه في روايتها عنه فلما بلغ ذلك محمد اقال حفظتها ونسي وهي ست مسائل مذكورة في شرح الجامع الصغير انتهى ولم يبينها وذكر العلامة السراج الهندي في شرح المغني فقال الأولى مسألة ترك القراءة وقد علمتها الثانية مستحاضة توضأت بعد طلوع الشمس تصلي حتى يخرج وقت الظهر قال أبو يوسف إنما رويت لك حتى يدخل وقت الظهر الثالثة المشتري من الغاصب إذا أعتق ثم أجاز المالك البيع نفد العتق قال إنما رويت لك أنه لا ينفد الرابعة المهاجرة لا عدة عليها ويجوز نكاحها إلا أن تكون حبلى فحينئذ لا يجوز نكاحها قال إنما رويت لك أنه يجوز نكاحها ولكن

ـــــــQقال في الهداية على قول أبي يوسف – رحمه الله – قضى الأربع وكذا عند أبي حنيفة اهـ.

فقوله وكذا قال في العناية هو إشارة إلى أنه ليس قوله باتفاق بينهما بل إنما هو قوله على رواية محمد وهو فصل أصاب نحره كما ترى (قوله بل تفريع صحيح إلخ) قال في النهر أقول: في كونه تخريجا على أصل الإمام نظر يوضحه سلوك طريق الإسناد في الحكم وقول محمد بل حفظتها ونسي ودعوى أنه رواه بلا واسطة مناف لما ادعاه من الرواية عن الثاني نعم لو قيل إنما اعتمد المشايخ ذلك لا بناء على ما رواه عن الثاني بل بناء على ما سمعه منه من غير واسطة فإنه وإن بطلت روايته من هذا الوجه إلا أنه لا مانع من ثبوتها من طريق أخرى فقد ذكر في الأصل أن قول محمد فيه قياس واستحسان وأن ما ادعى أبو يوسف روايته قياس وما ذكره محمد استحسان ثم رأيت في شهادات فتح القدير لو سمع من غيره حديثا ثم نسي الأصل روايته للفرع ثم سمع الفرع يرويه عنه عندهما لا يعمل به وعند محمد يعمل به ومن ذلك المسائل التي رواها محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ونسيها أبو يوسف وهي ستة فكان أبو يوسف لا يعتبر رواية محمد ومحمد لا يدع روايتها عنه كذا قالوا وفيه **إشكال** لأن المذكور أن أبا يوسف أنكر وقال ما رويت لك عن أبي حنيفة ذلك وهذه الصورة ليست من نسيان الأصل رواية الفرع بخلاف ما إذا نسي الأصل ولم يجزم بالإنكار فلا ينبغي اعتبار قول محمد إلا إذا صح اعتبار ما ذكره تخريجا على أصل أبي حنيفة اهـ. ملخصا.

وأجاب العلامة المقدسي بقوله أقول: لعله حمله محمد على النسيان لطول العهد واشتغاله بالقضاء اهـ.

(قوله وبما ذكرناه إلخ) فيه بحث لأن مسائل ظاهر الرواية هي ما وجد في بعض كتب محمد المبسوط والزيادات والجامع الصغير سميت بذلك لأنها ثابتة عنه إما متواترة أو مشهورة وهي الطبقة الأولى الثانية مسائل النوادر كالكيسانيات والهارونيات وتسمى غير ظاهر الرواية لأنها لم تثبت عن محمد ثبوتا ظاهرا كالأولى والطبقة الثالثة ما استنبطه المتأخرون مما لم يجدوا فيه رواية عن أصحاب المذهب كما بسطه الشيخ إسماعيل – رحمه الله – في صدر شرحه وحينئذ فقول قاضي خان ما رواه محمد هو ظاهر الرواية معناه أنه مذكور في كتب ظاهر الرواية وهو كذلك لأنه في الجامع الصغير وقول المؤلف كان لثبوتها بالسماع إلخ ربما يوهم أن ظاهر الرواية ما سمعه محمد من أبي حنيفة وهذا يقتضي أن لا يكون الجامع الصغير من كتب ظاهر الرواية لأنه بواسطة أبي يوسف كما يأتي مع أنه نفسه صرح في شرح قوله ودعا بما يشبه القرآن والسنة أنه من كتب ظاهر الرواية تأمل ثم رأيت العلامة المقدسي ذكر نحو ما بحثته في شرحه على نظم الكنز فاعترضه بأن ما ذكره من **الجواب**

يتوقف على أن مراد قاضي خان بظاهر الرواية غير ما ذكر في الأصل ونحوه كالجامع الصغير من كتب ظاهر الرواية وزاد على ما قلته أن محصل كلامه هو ما يفهم من كلام الكمال من التفريع الصحيح على أصل أبي حنيفة – رحمه الله – وأن **الإشكال** في تصميم محمد على مخالفة من روى عنه لا ترتفع." (١)

"ليس بشرط فلو قال المصنف بل يكون مدركا لها لكان أولى ليشمل الثواب والحنث في اليمين المذكورة وفي غاية البيان أن المسبوق يكون مدركا لثواب الجماعة لكن لا يكون ثوابه مثل ثواب من أدرك أول الصلاة مع الإمام لفوات التكبيرة الأولى اهـ.

وقد صرح الأصوليون بأن فعل المسبوق أداء قاصر بخلاف المدرك فإنه أداء كامل وأما اللاحق فصرحوا بأن ما يقضيه بعد فراغ الإمام أداء شبيه بالقضاء فظاهر كلام الشارح أن اللاحق كالمدرك لكونه خلف الإمام حكما ولهذا لا يقرأ اهـ.

فيقتضي أن يحنث في يمينه لو حلف لا يصلي بجماعة ولو فاته مع الإمام الأكثر فظاهر كلامهم أن من أدرك الإمام في التشهد فقد أدرك فضلها.

(قوله وتطوع قبل الفرض إن أمن فوت الوقت وإلا لا) أي وإن لم يأمن لا يتطوع لأن صلاة التطوع عند ضيق الوقت حرام لتفويتها الفرض وإن لم يضق الوقت فله أن يتطوع فإن كانت سنة مؤكدة ولم تفته الجماعة فإنه يسن في حقه الإتيان بها باتفاق المشايخ وإن فاتته الجماعة ففيه اختلاف والصحيح أنه يسن الإتيان بها كما ذكره قاضي خان في شرحه لكونها مكملات للفرائض وإن لم تكن مؤكدة فإن كان من المستحبات يستحب الإتيان بها وإلا فهو مخير.

(قوله وإن أدرك إمامه راكعا فكبر ووقف حتى رفع رأسه لم يدرك الركعة) خلافا لزفر هو يقول أدرك الإمام فيما له حكم القيام ولنا أن الشرط هو المشاركة في أفعال الصلاة ولم يوجد لا في القيام ولا في الركوع وذكر قاضي خان أن ثمرة الخلاف تظهر في أن هذا عنده لاحق في هذه الركعة حتى يأتي بها قبل فراغ الإمام وعندنا هو مسبوق بها حتى يأتي بها بعد فراغ الإمام وأجمعوا أنه لو انتهى إلى الإمام وهو قائم فكبر ولم يركع مع الإمام حتى ركع الإمام ثم ركع أنه يصير مدركا لتلك الركعة وأجمعوا أنه لو اقتدى به في قومة الركوع لم يصر مدركا لتلك الركعة اهـ.

وفي المصفى وهذا إذا أمكنه الركوع أما إذا لم يمكنه لا يعتد به عند زفر أيضا وفي حيرة الفقهاء إمام افتتح الصلاة فلما ركع ورفع رأسه من الركوع ظن أنه لم يقرأ السورة فرجع وقرأ ثم علم أنه كان قرأ السورة فجاء رجل ودخل معه في الصلاة ثم ركع ثانيا فإن هذا المسبوق يصير داخلا في الصلاة لكن عليه أن يقضي ركعة لأن الركوع الأول كان فرضا تاما والآخر نفلا فصار كأن المسبوق لم يدرك الركوع من هذه الركعة اهـ.

وفي فتح القدير ومدرك الإمام في الركوع لا يحتاج إلى تكبيرتين خلافا لبعضهم ولو نوى بتلك التكبيرة الواحدة الركوع لا الافتتاح جاز ولغت

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢/٦٥

(قوله فلو قال المصنف بل يكون مدركا لها إلخ) قال في النهر والعذر له أن الباب لم ينعقد لذلك وذكر مسألة الجماعة كالتوطئة لقوله بل أدرك فضلها إذ ربما يتوهم أن بين إدراك الفرض والجماعة تلازما فاحتاج إلى دفعه.

[صلاة التطوع عند ضيق الوقت]
(قوله وإن فاتته الجماعة) أي وصلى منفردا كما في الزيلعي (قوله كما ذكره قاضي خان في شرحه) أقول: نص كلامه: الإنسان إذا صلى وحده إن شاء أتى بالسنن وإن شاء تركها وهو قول الكرخي – رحمه الله – لأن النبي – عليه الصلاة والسلام – ما أتى بالسنن إلا عند أداء المكتوبات بالجماعة والأول أصح والأخذ به أحوط لأن السنة بعد المكتوبة شرعت لجبر نقصان يمكن في المكتوبة وقبلها لقطع طمع الشيطان عن المصلي فيقول لما لم يطعني في ترك ما لم يكتب عليه كيف يطيعني في ترك ما كتب عليه والمنفرد إلى ذلك أحوج اهـ.
وفي الزيلعي المصلي لا يخلو إما أن يؤدي الفرض بجماعة أو منفردا فإن كان بجماعة فإنه يصلي السنن الرواتب قطعا وإن كان يؤديه منفردا فكذلك **الجواب** في رواية وقيل يتخير والأول أحوط اهـ.
والعجب مما وقع لصاحب النهر في هذا المحل فإنه بعدما ذكر المسألة على الصواب قال قيد بفوت الفرض لأنه لو خشي فوت الجماعة لو أتى بها اختلفوا والصحيح أنه يسن الإتيان بها كما ذكره قاضي خان في شرحه كذا في البحر وهو مشكل كيف والجماعة واجبة كما مر اهـ.
وأنت قد سمعت نص كلام قاضي خان وأن ما ذكره المؤلف هو ما نقلناه عنه ولا إشعار له بما ذكره صاحب النهر أصلا وقد وقع هذا الوهم أيضا لتلميذ المؤلف في منح الغفار فذكر عبارة شيخه ثم استشكل بما تقدم في الفجر وأعجب من هذا أن عبارة الدرر كعبارة قاضي خان وقد ذكر الشيخ إسماعيل **إشكال** صاحب النهر ووجهه عليها وقد علمت أن **إشكال** النهر ليس في هذه الصورة ووقع للشيخ علاء الدين في شرح التنوير نظير ما وقع للشيخ إسماعيل بل أبدع وأغرب محشيه المداري الحلبي فجزم بأن ما في الدرر باطل وتعجب من الشرنبلالي حيث لم يتعرض لذلك في حاشيته على الدرر.
والحاصل أن أصل السهو من صاحب النهر والمنح منشؤه عدم فهم المسألة وقد نبه على ذلك العلامة الرملي في حاشيته على المنح وفي حاشيته على هذا الكتاب فقال بعد تصويره المسألة على وجه الصواب فافهم ذلك وكن على." (١)
"بإطلاقه يفيد أنه لا فرق بين واجب وواجب فما في المجتبى من أنه لا سجود في تركه عمدا إلا في مسألتين ذكره فخر الإسلام البديعي إذا ترك القعدة الأولى عمدا أو شك في بعض أفعال صلاته فتفكر عمدا حتى شغله ذلك عن ركن قلت له كيف يجب سجود السهو بالعمد قال ذلك سجود العذر لا سجود السهو اهـ.
وما في الينابيع عن الناطفي لا يجب سجود السهو في العمد إلا في موضعين الأول تأخير إحدى سجدتي الركعة الأولى إلى آخر الصلاة والثاني ترك القعدة الأولى اهـ.

---
(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٨٢/٢

فتحصل أنها ثلاثة مواضع مشكل ولعلهم نظروا إلى أن هذه الواجبات الثلاثة أدنى الواجبات فصلح أن يجبرها سجود السهو حالة العمد أما القعدة الأولى فللاختلاف في وجوبها بل قد أطلق أكثر مشايخنا عليها اسم السنة كما قدمناه وكذا الثاني والثالث لم يكن لهما دليل صريح في الوجوب (قوله يجب بعد السلام سجدتان بتشهد وتسليم بترك واجب وإن تكرر) بيان لأحكام الأول وجوب سجدتي السهو وهو ظاهر الرواية لأنه شرع لرفع نقص تمكن في الصلاة ورفع ذلك واجب وذكر القدوري أنه سنة كذا في المحيط وصحح في الهداية وغيرها الوجوب لأنها تجب لجبر نقصان تمكن في العبادة فتكون واجبة كالدماء في الحج ويشهد له من السنة ما ورد في الأحاديث الصحيحة من الأمر بالسجود والأصل في الأمر أن يكون للوجوب ومواظبة النبي – صلى الله عليه وسلم – وأصحابه على ذلك وفي معراج الدراية إنما جبر النقصان في باب الحج بالدم وفي باب الصلاة بالسجود لأن الأصل أن الجبر من جنس الكسر وللمال مدخل في باب الحج فيجبر نقصانه بالدم ولا مدخل للمال في باب الصلاة فيجبر النقصان بالسجدة. اهـ.

وظاهر كلامهم أنه إذا لم يسجد فإنه يأثم بترك الواجب ولترك سجود السهو ثم اعلم أن الوجوب مقيد بما إذا كان الوقت صالحا حتى أن من عليه السهو في صلاة الصبح إذا لم يسجد حتى طلعت الشمس بعد السلام الأول سقط عنه السجود وكذا إذا سها في قضاء الفائتة فلم يسجد حتى احمرت وكذا في الجمعة إذا خرج وقتها وكل ما يمنع البناء إذا وجد بعد السلام يسقط السهو.

الثاني محله المسنون بعد السلام سواء كان السهو بإدخال زيادة في الصلاة أو نقصان منها وعند الشافعي قبله فيهما وعند مالك قبله في النقصان وبعده في الزيادة وألزمه أبو يوسف فيما إذا كان عنهما فتحير وقد صح عنه – صلى الله عليه وسلم – أنه سجد قبل السلام وصح أنه سجد بعده فتعارضت روايتا فعله فرجعنا إلى قوله

ـــــــQأن الأداء يقال على النفل أيضا وقد أفصح عن ذلك في الدراية فقال لما ذكر الفرائض أتبعها النوافل لأنها من الأداء

(قوله فتحصل أنها ثلاثة مواضع) زاد في النهر عن ألغاز ابن الشحنة رابعة وهي ما إذا صلى على النبي – صلى الله تعالى عليه وسلم – في القعدة الأولى قال الرملي وذكر في الجواهر عن الزاهدي في كتابه بغية المنية وكذا لو ترك قراءة الفاتحة فتكون خمسا (قوله مشكل) خبر ما في قوله فما في المجتبى إلخ (قوله ولعلهم نظروا إلخ) قال في النهر فيه ما لا يخفى اهـ.

أي لأن هذا **الجواب** لا يدفع أصل **الإشكال** كما قاله الشيخ إسماعيل ولأنه لو كان نظرهم إلى ذلك لكان ينبغي أن يكون الحكم كذلك فيما لو ترك قراءة التشهد في القعدة الأولى وفيما لو ترك الطمأنينة في الركوع والسجود فإن الأول سنة عند الأسروشني

وكذا الثاني عند الجرجاني كما في غاية البيان في باب صفة الصلاة هذا وفي الشرنبلالية قوله إذ في العمد يأثم ولا يجب سجدة أقول: أشار به إلى ضعف القول بأنه يجب السهو بترك بعض الواجبات عمدا كما نقله المقدسي عن الولوالجية اهـ. ورأيت في فتاوى العلامة قاسم ما صورته وأما قول الناطفي في العمد وقول البديع أن هذا سجود العذر فمما لم نعلم له أصلا في الرواية ولا وجها في الدراية ويخالفه قوله في المحيط ولا يجب بتركه أو بتغييره عمدا لأن السجدة شرعت جابرة نظرا للمعذور لا للمتعمد ولما اتفقوا عليه من أن سبب وجوبه ترك الواجب الأصلي أو تغييره ساهيا وهذا هو الذي يعتمد للفتوى

والعمل اهـ.
(قوله وظاهر كلامهم إلخ) قال في النهر فيه نظر بل إنما يأثم لترك الجابر فقط إذ لا إثم على الساهي نعم هو في صورة العمد ظاهر وينبغي أن يرتفع هذا الإثم بإعادتها
(قوله وكذا إذا سها في قضاء الفائتة إلخ) أي في قضائها في وقت العصر وتقييده بالفائتة مخرج لما إذا كان يصلي العصر الوقتية فلم يسجد حتى احمرت فمقتضاه أنه يسجد وهو مخالف لما في القنية مت برمز مجد الأئمة التركماني صلى العصر وعليه سهو فاصفرت الشمس لا يسجد للسهو اهـ.
لكن هذا مشكل فالظاهر حمل العصر في كلام القنية على القضاء كما هنا لأن وقت الاحمرار ليس وقتا له بخلاف الوقتية فإنه يصح إنشاؤها فيه فإيقاع السجود فيه يصح بالأولى تأمل.

[محل سجود السهو]
(قوله فتعارضت روايتا فعله إلخ) أقول: دعوى التعارض إنما تظهر على رواية غير ظاهر الرواية من أنه لا يجزئه قبل السلام كما يأتي وإلا فعلى الرواية الظاهرة لا تعارض إذ يحمل أحد الفعلين على بيان الجواز ثم يرجح أحدهما بالرواية القولية هذا ما ظهر لي ثم." (١)

"مقدار التشهد ثم تكلم بعده جازت صلاته كما قدمناه في باب صفة الصلاة عن الولوالجية (قوله وسجد للسهو) لتأخيره فرضا وهو القعود الأخير وعلله في الهداية بأنه أخر واجبا فقالوا أراد به الواجب القطعي وهو الفرض وهو أولى مما في العناية من تفسير بإصابة لفظ السلام لأنه لم يؤخره عن محله لأن محله بعد القعود ولم يقعد وإنما آخر القعود والأولى أن يقال أراد به الواجب الذي يفوت الجواز بفوته إذ ليس دليلها قطعيا
(قوله فإن سجد بطل فرضه برفعه) لأنه استحكم شروعه في النافلة قبل إكمال أركان المكتوبة ومن ضرورته خروجه عن الفرض وهذا لأن الركعة بسجدة واحدة صلاة حقيقة حتى يحنث في يمينه لا يصلي وقوله برفعه أي برفع الوجه عن الأرض إشارة إلى أن المختار للفتوى أنه لا يبطل بوضع الجبهة كما هو مروي عن أبي يوسف لأن تمام الشيء بآخره وآخر السجدة الرفع إذ الشيء إنما ينتهي بضده ولهذا لو سجد قبل إمامه فأدركه إمامه فيه جاز ولو تمت بالوضع لما جاز لأن كل ركن أداه قبل إمامه لا يجوز ولأنه لو تم قبل الرفع لم ينقضه الحدث لكن الاتفاق على لزوم إعادة كل ركن وجد فيه سبق الحدث بقيد البناء وثمرة الاختلاف فيما إذا أحدث في السجود فانصرف وتوضأ ثم تذكر أنه لم يقعد في الرابعة قال أبو يوسف لا يعود إلى القعود وبطل فرضه وقال محمد يعود ويتم فرضه قالوا أخبر أبو يوسف بجواب محمد فقال زه صلاة فسدت يصلحها الحدث وهذا معنى ما يسأله العامة أي صلاة يصلحها الحدث فهي هذه الصلاة على قول محمد وزه كلمة استعجاب وإنما قالها أبو يوسف تهكما وقيل الصواب بالضم والزاي ليست بخالصة كذا في المغرب وفي فتح القدير وهذا أعني صحة البناء بسبب سبق الحدث إذا لم يتذكر في ذلك السجود أنه ترك سجدة صلبية من صلاته فإن تذكر ذلك فسدت اتفاقا اهـ.

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٩٩/٢

ولا يخفى ما فيه بل لا يصح هذا التقييد لأنه إذا سبقه الحدث وهو ساجد لم يخلط النفل بالفرض قبل إكماله عند محمد سواء تذكر أن عليه سجدة صلبية أو لا إذ لا فرق بين أن يكون عليه ركن واحد أو ركنان وعبارة الخلاصة أولى وهي ولو قيد الخامسة بالسجدة فتذكر أنه ترك سجدة صلبية من صلاته لا تنصرف هذه السجدة إليها لما أنه تشترط النية في السجدة وصلاته فاسدة اهـ.

وإذا بطل فرض الإمام برفعه بطل فرض المأموم سواء كان قعد أو لا ولذا ذكر قاضي خان في فتاويه ولو أن الإمام لم يقعد على رأس الرابعة وقام إلى

ـــــــــــQركوع فإنه يعود أيضا لعدم الاعتداد بهذا السجود (قوله لتأخيره فرضا) قال في النهر لم يفصل بين ما إذا كان إلى القعود أقرب أو لا وكان ينبغي أن لا يسجد فيما إذا كان إليه أقرب كما في الأولى لما سبق قال في الحواشي السعدية ويمكن أن يفرق بينهما بأن القريب من القعود وإن جاز أن يعطي له حكم القاعد إلا أنه ليس بقاعد حقيقة فاعتبر جانب الحقيقة فيما إذا سها عن الثانية وأعطى حكم القاعد في السهو الأولى إظهارا للتفاوت بين الواجب والفرض وبه علم أن من فسر الواجب بالقطعي فقد أصاب وإلا أشكل الفرق وقد يقال لم لا يجوز أن يفسر بالقوي من نوعيه وهو ما يفوت الجواز بفوته ولا يشكل بثبوت التفاوت بين نوعيه نعم يشكل على من فسره بإصابة لفظ السلام أو التشهد

(قوله وهو أولى مما في العناية) اعترضه الشيخ إسماعيل بأن الذي في العناية تفسيره بالقطعي فليس النقل بصواب نعم فسر في العناية الواجب بذلك في المسألة الثانية وهي ما إذا قعد الأخير (قوله لأنه لم يؤخره عن محله إلخ) قال في النهر مدفوع بأن التأخير واقع فيهما فصح إضافة السجود إلى أيهما كان قال الشيخ إسماعيل يمكن نسبته إلى الأقوى وهو الفرض هذا مع إرخاء العنان وقد علمت أنه حصل سهو في النقل (قوله فسدت اتفاقا اهـ) .

قال الرملي قال المرحوم شيخ شيخنا علي المقدسي لم ينته بل ذكر بعده ما يندفع به عنه **الإشكال** فإنه قال لما سنذكره في تتمة نعقدها للسجدات وذكر هناك ما يوضحه اهـ.

وذكر في النهر ما قرره في تلك التتمة وهو أنه إذا علم أنها من غير الركعة الأخيرة أو تحرى فوقع تحريه على ذلك أو لم يقع تحريه على شيء وبقي شاكا في أنها من الأخيرة أو ما قبلها وجب عليه نية القضاء وإن علم أنها من الركعة الأخيرة لم يحتج إلى نية وعلى هذا ما ذكر فيمن سلم من الفجر وعليه السهو فسجد وقعد وتكلم ثم تذكر أن عليه صلبية من الأولى فسدت وإن من الثانية لا ونابت إحدى سجدتي السهو عن الصلبية اهـ.

قال في النهر وهذا التقرير يقتضي ما قدمه من دعوى الاتفاق على الفساد بتذكر الصلبية وذلك أنه إذا علم أنها من الأخيرة فينبغي أن لا تفسد اتفاقا لانصرافها إليها أو من غيرها أو لم يعلم وقد نواها فكذلك إلا أنه لا يعيدها لما مر أما إذا لم ينوها فسدت عند أبي يوسف خلافا لمحمد لعدم انصرافها إليها وعلى هذا فما في الخلاصة ليس على إطلاقه بل فسادها إنما هو على قول الثاني فقط اهـ.

وقوله لعدم انصرافها علة لقوله فسدت عند أبي يوسف وأما عدمه عند محمد فلما ذكره المؤلف وبما قرره في النهر ظهر ما في." (١)

"فيه والصحيح أنه لا يشترط حتى لو بكر في اليوم الأول ومشى إلى الزوال ثم في اليوم الثاني كذلك ثم في اليوم الثالث كذلك فإنه يصير مسافرا؛ لأن المسافر لا بد له من النزول لاستراحة نفسه ودابته فلا يشترط أن يسافر من الفجر إلى الفجر؛ لأن الآدمي لا يطيق ذلك، وكذلك الدواب فألحقت مدة الاستراحة بمدة السفر لأجل الضرورة كذا في السراج الوهاج وبه اندفع ما في فتح القدير؛ لأن أقل اليوم إذا كان ملحقا بأكثره للضرورة لم يكن فيه مخالفة للحديث المفيد للثلاثة كما أن الليل للاستراحة، وهو مذكور في الحديث وأشار المصنف إلى أنه لا اعتبار بالفراسخ، وهو الصحيح؛ لأن الطريق لو كان وعرا بحيث يقطع في ثلاثة أيام أقل من خمسة عشر فرسخا قصر بالنص، وعلى التقدير بها لا يقصر فيعارض النص فلا يعتبر سوى سير الثلاثة، وفي النهاية الفتوى على اعتبار ثمانية عشر فرسخا، وفي المجتبى فتوى أكثر أئمة خوارزم على خمسة عشر فرسخا اهـ.

وأنا أتعجب من فتواهم في هذا وأمثاله بما يخالف مذهب الإمام خصوصا المخالف للنص الصريح وفي فتاوى قاضي خان أن الرجل إذا قصد بلده وإلى مقصده طريقان: أحدهما مسيرة ثلاثة أيام ولياليها، والآخر دونها فسلك الطريق الأبعد كان مسافرا عندنا اهـ.

وإن سلك الأقصر يتم وهذا جواب واقعة الملاحين بخوارزم فإن من الجرجانية إلى مدانق اثني عشر فرسخا في البر، وفي جيحون أكثر من عشرين فرسخا فجاز لركاب السفينة والملاحين القصر والإفطار فيه صاعدا ومنحدرا كذا في المجتبى وذكر الإسبيجابي المقيم إذا قصد مصرا من الأمصار، وهو ما دون مسيرة ثلاثة أيام لا يكون مسافرا، ولو أنه خرج من ذلك المصر الذي قصد إلى مصر آخر، وهو أيضا أقل من ثلاثة أيام فإنه لا يكون مسافرا، وإن طاف آفاق الدنيا على هذا السبيل لا يكون مسافرا اهـ.

وفي السراج الوهاج إذا كانت المسافة ثلاثة أيام بالسير المعتاد فسار إليها على البريد سيرا مسرعا أو على الفرس جريا حثيثا فوصل في يومين قصر اهـ.

والمراد بسير البر والجبل أن يكون بالإبل ومشي الأقدام والمراد بالإبل إبل القافلة دون البريد وأما السير في البحر فيعتبر ما يليق بحاله، وهو أن يكون مسافة ثلاثة فيه إذا كانت تلك الرياح معتدلة، وإن كانت تلك المسافة بحيث تقطع في البر في يوم كما في الجبل يعتبر كونها من طريق الجبل بالسير الوسط ثلاثة أيام، وإن كانت تقطع من طريق السهل بيوم، فالحاصل أن تعتبر المدة من أي طريق أخذ فيه؛ ولهذا عمم المصنف – رحمه الله – وخرج سير البقر بجر العجلة ونحوه؛ لأنه أبطأ السير كما أن أسرعه سير الفرس والبريد والوسط ما ذكرنا، وفي البدائع ثم يعتبر في كل ذلك السير المعتاد فيه وذلك معلوم عند الناس فيرجع إليهم عند الاشتباه

وأما الثالث أعني حكم السفر فهو تغيير بعض الأحكام فذكر المصنف منها قصر الصلاة والمراد وجوب قصرها حتى لو أتم

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١١١/٢

فإنه آثم عاص؛ لأن الفرض عندنا من ذوات الأربع ركعتان في حقه لا غير ومن مشايخنا من لقب المسألة بأن القصر عندنا عزيمة وإلا كمال رخصة قال في البدائع وهذا التقليب على أصلنا خطأ؛ لأن الركعتين في حقه ليستا قصرا

ــــــــقد يقال المراد المسافر إذا كان سفره يستوعب ثلاثة أيام قال: ولا يقال إنه احتمال يخالفه الظاهر فلا يصار إليه؛ لأنا نقول قد صاروا إليه فيما إذا بكر المسافر في اليوم الأول ومشى إلى وقت الزوال، ثم في الثاني والثالث كذلك فبلغ المقصد فإنه مسافر على الصحيح، ولا يمكنه المسح تمام ثلاثة أيام؛ لأنه صار مقيما، وإن قالوا بقية كل يوم ملحقة بالمنقضي للعلم بأنه لا بد من تخلل الاستراحات لا يخرج بذلك من أن مسافرا مسح أقل من ثلاثة أيام فإن عصر اليوم الثالث لا يمسح فيه فليس تمام الثالث ملحقا بأوله شرعا لعدم الرخصة فيه، ولا هو سفر حقيقة فظهر أنه إنما يمسح بثلاثة أيام إذا كان سفره ثلاثة أيام، وهو عين الاحتمال المذكور من أن بعض المسافرين لا يمسحها، وآل إلى قول أبي يوسف أي من أن مدته يومان وأكثر الثالث اهـ. ملخصا.

وحاصله منع الكلية القائلة: إن كل مسافر يمسح ثلاثة أيام بإثبات مسافر يمسح أقل منها فلم يكن في الحديث دلالة على أن أقل مدة السفر ثلاثة أيام

(قوله وبه اندفع إلخ) لا يخفى ما فيه على المتأمل النبيه (قوله وأنا أتعجب إلخ) قال الشيخ إسماعيل - رحمه الله تعالى - يؤخذ **جوابه** من قول الفتح وكل من قدر بقدر منها اعتقد أنه مسيرة ثلاثة أيام، وإنما كان الصحيح أن لا يقدر بها؛ لأنه لو كان الطريق وعرا إلخ ما مر (قوله: وفي السراج إذا كانت المسافة إلخ) قال في الفتح وهذا أيضا مما يقوي **الإشكال** الذي قلناه، ولا مخلص إلا أن يمنع قصر مسافر يوم واحد، وإن قطع فيه مسيرة أيام وإلا لزم القصر لو قطعها في ساعة صغيرة كقدر درجة كما لو ظن صاحب كرامة الطي؛ لأنه يصدق عليه أنه قطع مسافة ثلاثة بسير الإبل، وهو بعيد لانتفاء مظنة المشقة وهي العلة وتمامه فيه (قوله وإن كانت المسافة بحيث تقطع) إن هذه وصلية كالتي بعدها." (١)

"يقصر، أطلق في دخول مصره فشمل ما إذا نوى الإقامة به أو لا، وشمل ما إذا كان في الصلاة كما إذا سبقه حدث، وليس عنده ماء فدخله للماء إلا اللاحق إذا أحدث ودخل مصره ليتوضأ لا يلزمه الإتمام، ولا يصير مقيما بدخوله المصر كذا في الفتاوى الظهيرية وشمل ما إذا كان سار ثلاثة أيام أو أقل لكن المذكور في الشرح أنه يتم إذا سار أقل بمجرد العزم على الرجوع، وإن لم يدخل مصره؛ لأنه نقض للسفر قبل الاستحكام إذ هو يحتمل النقض قال في فتح القدير وقياسه أن لا يحل فطره في رمضان إذا كان بينه وبين بلده يومان، وفي المجتبى لا يبطل السفر إلا بنية الإقامة أو دخول الوطن أو الرجوع قبل الثلاثة اهـ.

والمذكور في الخانية والظهيرية وغيرهما أنه إذا رجع لحاجة نسيها ثم تذكرها، فإن كان له وطن أصلي يصير مقيما بمجرد العزم على الرجوع، وإن لم يكن له وطن أصلي يقصر اهـ.

والذي يظهر أنه لا بد من دخول المصر مطلقا؛ لأن العلة مفارقة البيوت قاصدا مسيرة ثلاثة أيام لا استكمال سفر ثلاثة أيام بدليل ثبوت حكم السفر بمجرد ذلك فقد تمت العلة لحكم السفر فيثبت حكمه ما لم تثبت علة حكم الإقامة وروى

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٤٠/٢

البخاري تعليقا أن عليا خرج فقصر، وهو يرى البيوت فلما رجع قيل له: هذه الكوفة قال لا حتى ندخلها يريد أنه صلى ركعتين والكوفة بمرأى منهم فقيل له إلى آخره وقيد بنية الإقامة؛ لأنه لو دخل بلدا، ولم ينو أنه يقيم فيها خمسة عشر يوما، وإنما يقول غدا أخرج أو بعد غد أخرج حتى بقي على ذلك سنين قصر، وفي المجتبى والنية إنما تؤثر بخمس شرائط أحدها ترك السير حتى لو نوى الإقامة، وهو يسير لم يصح وثانيها صلاحية الموضع حتى لو أقام في بحر أو جزيرة لم تصح واتحاد الموضع والمدة والاستقلال بالرأي اهـ.

وأطلق النية فشمل الحكمة كما لو وصل الحاج إلى الشام وعلم أن القافلة إنما تخرج بعد خمسة عشر يوما وعزم أن لا يخرج إلا معهم لا يقصر؛ لأنه كناوي الإقامة كذا في المحيط وشمل ما إذا نواها في خلال الصلاة في الوقت فإنه يتم سواء كان في أولها أو وسطها أو في آخرها وسواء كان منفردا أو مقتديا أو مدركا أو مسبوقا أما اللاحق إذا أدرك أول الصلاة، والإمام مسافر فأحدث أو نام فانتبه بعد فراغ الإمام ونوى الإقامة لم يتم؛ لأن اللاحق في الحكم كأنه خلف الإمام فإذا فرغ الإمام فقد استحكم الفرض فلا يتغير في حق الإمام فكذا في حق اللاحق، ولو نواها بعد ما صلى ركعة ثم خرج الوقت فإنه يتحول فرضه إلى الأربع، ولو خرج الوقت، وهو في الصلاة فنوى الإقامة فإنه لا يتحول فرضه إلى الأربع في حق تلك الصلاة كذا في الخلاصة وقيد بنصف شهر؛ لأن نية إقامة ما دونها لا توجب الإتمام لما روي عن ابن عباس وابن عمر أنهما قدراها بذلك والأثر في المقدرات كالخبر وأقام - صلى الله عليه وسلم - بمكة مع أصحابه سبعة أيام، وهو يقصر وقيد بالبلد والقرية؛ لأن نية الإقامة لا تصح في غيرهما فلا تصح في مفازة، ولا جزيرة ولا بحر، ولا سفينة، وفي الخانية والظهيرية والخلاصة ثم نية الإقامة لا تصح إلا في موضع الإقامة ممن يتمكن من الإقامة وموضع الإقامة العمران والبيوت المتخذة من الحجر والمدر والخشب لا الخيام والأخبية والوبر اهـ.

وقيد الشارحون اشتراط صلاحية الموضع بأن يكون سار ثلاثة أيام فصاعدا أما إذا لم يسر ثلاثة أيام فلا يشترط أن تكون الإقامة في بلد أو قرية بل تصح، ولو في المفازة وفيه من البحث ما قدمناه وقول المصنف حتى يدخل مصره أولى من قول صاحب المجمع إلى أن يدخل وطنه؛ لأن الوطن مكان الإنسان ومحله كما في المغرب، وليس الإتمام متوقفا على دخوله بل على دخول مصره، وإن لم يدخل وطنه ويصير المصر مصرا للإنسان بكونه ولد فيه واختلفوا فيما إذا دخل المسافر مصرا وتزوج بها والظاهر أنه يصير مقيما لحديث عمر - رضي الله عنه - ولقوله - عليه الصلاة والسلام -

ـــــــQ (قوله إذ هو يحتمل النقض) أي؛ لأنه لم يتم علة فكانت الإقامة نقضا للعارض لا ابتداء علة الإتمام، ولو قيل العلة مفارقة البيوت قاصدا مسيرة ثلاثة أيام لاستكمال سفر ثلاثة أيام بدليل ثبوت حكم السفر بمجرد ذلك فقد تمت العلة لحكم السفر فيثبت حكمه ما لم يثبت علة حكم الإقامة احتاج إلى الجواب كذا في الفتح وعن هذا الإشكال نشأ قول المؤلف الآتي والذي يظهر إلخ قال في النهر مجيبا: وأنت خبير بأن إبطال الدليل لمعنى لا يستلزم إبطال المدلول (قوله وروى البخاري إلخ) قال الرملي قال المرحوم شيخ شيخنا شيخ الإسلام علي المقدسي هذه حكاية حال طرقها الاحتمال، وهو أنه جاوز المدة على الكمال اهـ.

أقول: وقد يجاب عن أصل الإشكال بأن العلة المذكورة إنما هي علة ابتداء أما العلة بقاء فهي استكمال المدة (قوله أما إذا

لم يسر ثلاثة أيام فلا يشترط إلخ) أقول: الظاهر أن هذا فيما إذا عزم على الرجوع ونقض السفر كما مر أما إذا أبقى على قصده الأول، ولم ينقض سفره ونوى الإقامة في المفازة لا تصح نيته، ولو." (١)

"مع أنهم صرحوا كما في الخلاصة بأنه لا يباع شيء منها للدين كما في حالة الحياة إذا أفلس، وله ثلاثة أثواب، وهو لابسها ولا ينزع عنه شيء ليباع (قوله وضرورة: ما يوجد) ثابت في أكثر النسخ، وقد شرح عليه مسكين وباكير وغيرهما، ولم يثبت في نسخة الزيلعي فأنكرها واستدل له «بحديث مصعب بن عمير لم يوجد له شيء يكفن فيه إلا نمرة فكانت إذا وضعت على رأسه بدت رجلاه وإذا وضعت على رجليه خرج رأسه فأمر النبي - صلى الله عليه وسلم - أن تغطى رأسه ويجعل على رجليه شيء من الإذخر» وهذا دليل على أن ستر العورة وحدها لا يكفي كذا في التبيين.

(قوله ولف من يساره ثم يمينه) أي لف الكفن من يسار الميت ثم يمينه وكيفيته: أن تبسط اللفافة أولا ثم الإزار فوقها ويوضع الميت عليهما مقمصا ثم يعطف عليه الإزار وحده من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ليكون الأيمن فوق الأيسر ثم اللفافة كذلك، وفي البدائع، فإن كان الإزار طويلا حتى يعطف على رأسه وسائر جسده فهو أولى (قوله وعقد إن خيف انتشاره) صيانة عن الكشف.

(قوله وكفنها سنة: درع وإزار ولفافة وخمار وخرقة تربط بها ثدياها) لحديث أم عطية «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أعطى اللواتي غسلن ابنته خمسة أثواب» واختلف في اسمها ففي مسلم أنها زينب، وفي أبي داود أنها أم كلثوم وذكر بعضهم القميص لها، ولم يذكر الدرع، وهو الأولى للاختلاف في الدرع قال في المغرب درع المرأة ما تلبسه فوق القميص، وهو مذكر وعن الحلواني ما جيبه إلى الصدر والقميص ما شقه إلى المنكب، ولم أجده أنا في كتب اللغة اهـ.
واختلف في عرض الخرقة فقيل ما بين الثدي إلى السرة وقيل ما بين الثدي إلى الركبة كي لا ينتشر الكفن بالفخذين وقت المشي (قوله وكفاية: إزار ولفافة وخمار) اعتبارا بلبسها حال حياتها من غير كراهة، ويكره أقل من ذلك وفي الخلاصة كفن الكفاية لها ثلاثة أثواب قميص وإزار ولفافة فلم يذكر الخمار، وفي فتح القدير، وما في الكتاب من عد الخمار أولى، لكن لم يعين في الهداية ما عدا الخمار بل قال: ثوبان وخمار ففسرهما في فتح القدير بالقميص واللفافة فهو مخالف لما في المتن والظاهر كما قدمناه عدم التعيين بل إما قميص وإزار أو إزاران؛ لأن المقصود ستر جميع البدن
ـــــــــــــــــــــــــــــ (قوله مع أنهم صرحوا إلخ) قال في الفتح، ولا يبعد **الجواب** قال الشيخ إسماعيل ولعله كون التعبير بالأولى لا يقتضي الوجوب. اهـ.

وقال بعضهم بأن يفرق بين الميت والحي بأن عدم الأخذ من الحي لاحتياجه، ولا كذلك الميت. اهـ.
لكن لا يخفى أن **الإشكال** إنما جاء من تصريحهم بعدم الفرق بين الميت والحي فأنى يصح هذا **الجواب** وكتب الرملي هنا أقول: قال في ضوء السراج شرح السراجية قال الفقيه أبو جعفر ليس لهم ذلك بل يكفن بكفن الكفاية ويقضى بالباقي

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢/١٤٢

الدين بناء على مسألة ذكرها الخصاف في أدب القاضي إذا كان للمديون ثياب حسنة يمكنه الاكتفاء بما دونها يبيع القاضي ويقضي الدين ويشتري بالباقي ثوبا يكفيه فكذا في الميت المديون اعتبارا بحالة الحياة، وهو الصحيح، وفي المنح ليس للغرماء أن يمنعوا عن كفن المثل. اهـ.

قلت: وقد صرح بمثل ذلك في سكب الأنهر شرح فرائض ملتقى الأبحر، وكذا في غيره مع التصريح بالتصحيح وبه علم أن ما مر عن الخلاصة خلاف الصحيح أو محمول على ما إذا كان الحي لا يمكنه الاكتفاء بما دونها وعلى كل فلا **إشكال** (قوله: ولم يثبت في نسخة الزيلعي فأنكرها) الذي رأيته في نسختي وجودها، ولم أجد إنكارها ولعل ذلك في بعض النسخ منه فليراجع.

(قوله: ولم يذكر الدرع، وهو الأولى إلخ) أي؛ لأنه يقال على قميص المرأة كما فسره به في القاموس، وعلى ما تلبسه فوق القميص كما ذكره عن المغرب فكان ذكر القميص أولى؛ لأنه هو المراد من الدرع، وفي ذكر الدرع إيهام المعنى الثاني لكن قال في النهر أنى يتوهم هذا مع قوله بعد وتلبس الدرع أولا اهـ.

وفيه أن الكلام في الأولوية، ولا يخفى أن الإيهام يحصل أولا ثم يرتفع بعد فما لا إيهام فيه أصلا أولى (قوله: وهو مذكر) أي بخلاف الدرع الحديد فإنه مؤنث قال تعالى ﴿أن اعمل سابغات﴾ [سبأ: ١١] قال في القاموس، وقد يذكر (قوله من عد الخمار أولى) قال فإن بهذا يكون جميع عورتها مستورة بخلاف ترك الخمار (قوله والظاهر كما قدمناه إلخ) قال الشيخ إسماعيل بعد نقله مثل ما في الهداية عن البدائع والوقاية والمنبع والتنوير ومثل ما في المتن عن العيون والنقاية وصدر الشريعة والمشكلات والمفتاح والملتقى والحاوي والإيضاح ومثل ما في الفتح عن الكفافي والتاجية والنهاية والعناية ومثل ما في الخلاصة عن الخانية والمبتغى والفيض وعن خزانة الفتاوى درع وخمار ولفافة ثم ذكر عبارة المؤلف هذه وقال يؤيد ما استظهره اختلاف عباراتهم كما نقلناه في تأدية الكفاية لها لكننا لم نجد ذكر الإزارين في شيء من العبارات ولعلهم لاحظوا في ترك ذكره المحافظة على المسنون في الجملة، وإن جاز ذلك أيضا. اهـ.

وقد يقال هو داخل." (١)

"مقتول، ولم يعلم قاتله فإنه لا يدرى أقتل ظالما أو مظلوما عمدا أو خطأ، وفي المجتبى وإذا التقت سريتان من المسلمين وكل واحدة ترى أنهم مشركون فأجلوا عن قتلى من الفريقين قال محمد لا دية على أحد، ولا كفارة؛ لأنهم دافعون عن أنفسهم، ولم يذكر حكم الغسل ويجب أن يغسلوا؛ لأن قاتلهم لم يظلمهم اهـ.

واحترز بقوله بقتله أي بسببه عما إذا وجبت الدية بالصلح أو بقتل الأب ابنه أو شخصا آخر ووارثه ابنه فإن المقتول شهيد؛ لأن نفس القتل لم يوجب الدية بل يوجب القصاص، وإنما سقط للصلح أو للشبهة، وإنما كان المال عوضا مانعا، ولم يكن وجوب القصاص عوضا مانعا؛ لأن القصاص للميت من وجه وللوارث من وجه آخر، وهي تشفي الصدور وللمصلحة العامة وهو ما في شرعيته من حياة الأنفس فلم يكن عوضا مطلقا فلا تبطل الشهادة بالشك كذا في شرح المجمع للمصنف

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٩٠/٢

وذكر في المجتبى والبدائع أن الشرائط ست العقل والبلوغ والقتل ظلما وأنه لا يجب به عوض مالي والطهارة عن الجنابة وعدم الارتثاث اهـ.
وإنما لم يذكر المصنف بقيتها لما سيصرح به من مفهوماتها لكن بقي من قتل مدافعا عن نفسه أو عن ماله أو عن أهل الذمة من غير أن يكون القاتل واحدا من الثلاثة في الكتاب فإن المقتول شهيد كما صرح به في المحيط وعطفه على الثلاثة وجعله سببا رابعا، ولا يمكن دخوله تحت قوله أو قتله مسلم ظلما؛ لأن المدافع المذكور شهيد بأي آلة قتل بحديدة أو حجر أو خشب كما صرح به في المحيط، ومقتول المسلم ظلما لا يكون شهيدا إلا إذا قتل بحديدة كما قدمناه، ومن هنا يظهر أن عبارة المجمع هنا لم تكن محررة فإنه لم يفصل في مقتول المسلم ظلما بل أدخل الباغي وقاطع الطريق تحت المسلم وجعل حكم مقتولهم واحدا، وليس بصحيح، وإن أراد بالمسلم ما عداهما فليس في عبارته استيفاء للشهيد ويرد على الكل ما قتله ذمي ظلما فإنه في حكم المسلم هنا كما صرح به ابن الملك في شرح المجمع قال: والمكابرون في المصر ليلا بمنزلة قطاع الطريق اهـ.
والبغي في عبارة المختصر مجرور وقطاع الطريق مرفوع.

(قوله فيكفن ويصلى عليه بلا غسل) بيان لحكمه أما عدم الغسل فلحديث السنن أنه «- عليه الصلاة والسلام - أمر بقتلى أحد أن ينزع عنهم الحديد والجلود وأن يدفنوا بدمائهم وثيابهم» ، وما علل به الحسن البصري لعدم الغسل بأنهم كانوا جرحى فقد قال السرخسي إنه ليس بصحيح؛ لأنه لو كان عم الغسل باعتبار الجراحة لكان التيمم مشروعا، وأما الصلاة «فلصلاته - عليه السلام - على حمزة وغيره يوم أحد» ولحديث البخاري «أنه صلى على قتلى أحد بعد ثمان سنين» ، وما قيل من أنهم أحياء والحي لا يصلى عليه فمدفوع بأنه حكم أخروي لا دنيوي بدليل ثبوت أحكام الموتى لهم من قسمة تركاتهم وبينونة نسائهم إلى غير ذلك، وما قيل من أنها للاستغفار وهم مغفور لهم فمنتقض بالنبي والصبي كما في الهداية وما في فتح القدير من أنه لو اقتصر على النبي لكان أولى فإن الدعاء في الصلاة على الصبي لأبويه فمدفوع من أن كلامه في نفس الصلاة لا في المدعو له ولأن الصبي ليس بمستغن عن الرحمة فنفس الصلاة عليه رحمة له ونفس الدعاء الوارد لأبويه دعاء له؛ لأنه إذا كان فرطا لأبويه فقد تقدمهما في الخير لا سيما، وقد قالوا إن حسنات الصبي له لا لأبويه، ولهما ثواب التعليم.

(قوله ويدفن بدمه وثيابه إلا ما ليس من الكفن ويزاد وينقص) بيان لحكم آخر له وأشار إلى أنه يكره أن ينزع عنه جميع ثيابه ويجدد الكفن ذكره الإسبيجابي وقالوا ما ليس من جنس الكفن الفرو والحشو والقلنسوة والسلاح والخف وقدمنا فيه كلاما واختلفوا في معنى قولهم يزاد وينقص ففي غاية البيان وغيرها يزاد إن كان ما عليه ناقصا عن كفن السنة وينقص إن كان ما عليه زائدا على كفن السنة، وفي معراج الدراية وبه استدل المشايخ على جواز الزيادة في الكفن على الثلاث وفيه

ـــــــQ (قوله؛ لأن المدافع المذكور شهيد إلخ) قال في النهر من قتل مدافعا عن نفسه فكونه شهيدا مع قتله بغير المحدد مشكل جدا لوجوب الدية بقتله فتدبره ممعنا النظر فيه. اهـ.
ومثل المدافع عن نفسه المدافع عن غيره إذ لا فرق يظهر **والجواب** عن **إشكاله** أن هذا القاتل إن كان مكابرا في المصر ليلا

فسيأتي أنه بمنزلة قاطع الطريق، وإن كان لصا نزل عليه ليلا ليقتله أو يأخذ ماله فهو بمنزلته أيضا كما في النهر، وعلى كل فلا دية كما لا دية في قاطع الطريق فقوله لوجوب الدية ممنوع، وعلى كل فهو شهيد ولا **إشكال** تدبر

(قوله فمدفوع من أن كلامه في نفس الصلاة لا في المدعو له) ذكر في النهر أن هذا **الجواب** ممنوع واقتصر على الثاني.

(قوله: وفي معراج الدراية وبه استدل المشايخ إلخ) قال في النهر هذا يفيد أن المراد يزاد على الثلاث، وقد مر عن الغاية." (١)

"ألف في بيته، وحال الحول فلا زكاة على واحد منهم لشغله بدين الكفالة؛ لأن له أن يأخذ من أيهم شاء بخلاف ما إذا كان له ألف وغصب ألفا، وغصبها منه آخر له ألف، وحال الحول على مال الغاصبين ثم أبرأهما فإنه يزكي الغاصب الأول ألفه، والغاصب الثاني لا؛ لأن الغاصب الأول لو ضمن يرجع على الثاني، والثاني لو ضمن لا يرجع على الأول فكان قرار الضمان عليه فصار الدين عليه مانعا اهـ.

وظاهره أنه لو لم يبرئهما لا يكون الحكم كذلك، وفي فتح القدير وغيره لا يخرج عن ملك النصاب المذكور ما ملك بسبب خبيث؛ ولذا قالوا: لو أن سلطانا غصب مالا وخلطه صار ملكا له حتى وجبت عليه الزكاة وورث عنه على قول أبي حنيفة؛ لأن خلط دراهمه بدراهم غيره عنده استهلاك أما على قولهما فلا فلا يضمن فلا يثبت الملك؛ لأنه فرع الضمان فلا يورث عنه؛ لأنه مال مشترك فإنما يورث حصة الميت منه

وفي الولوالجية وقوله: أرفق بالناس؛ إذ قلما يخلو مال عن غصب اهـ.

هكذا ذكروا، وهو مشكل لأنه، وإن كان ملكه عند أبي حنيفة بالخلط فهو مشغول بالدين والشرط الفراغ عنه فينبغي أن لا تجب الزكاة فيه على قوله أيضا ولذا شرط في المبتغى بالمعجمة أن يبرئه أصحاب الأموال؛ لأنه قبل الإبراء مشغول بالدين، وهو قيد حسن يجب حفظه وقيد المصنف بالزكاة؛ لأن الدين لا يمنع

ـــــــQ (قوله لشغله بدين الكفالة) أقول: إنما يتحقق الشغل في مال من يأخذ منه صاحب الدين فينبغي أن يكون المراد أنه لا تتعين الزكاة في مال واحد منهم؛ لأن صاحب الدين له الخيار في الأخذ ممن شاء منهم فكل منهم يحتمل أن يكون ماله مشغولا لكن بعد تعيين صاحب الدين واحدا منهم للأخذ ظهر شغل مال ذلك الواحد وظهر عدم وجوب الزكاة في ماله بخلاف غيره منهم فإنه قد ظهر عدم ذلك فينبغي لزوم الزكاة في مالهم حينئذ لتحقق عدم الشغل تأمل لكن قد يقال إنه قبل الأخذ من أحدهم كان مال كل واحد بانفراده مستحقا لقضاء الدين فإذا مضى الحول كذلك لم يتحقق سبب وجوب الزكاة على واحد منهم (قوله والغاصب الثاني لا) أي لا يزكي ألفه لما يذكره من أن إقرار الضمان عليه لكن يتعين تقييد ذلك بما إذا استهلك الغاصب الثاني الألف؛ إذ لو بقيت معه يزكي ألفه؛ لأنها سالمة من الضمان؛ لأنه يلزمه رد ما غصبه

(قوله ولذا قالوا: لو أن سلطانا غصب مالا وخلطه إلخ) أي خلطه بماله أما إذا لم يكن له مال وغصب أموال الناس وخلطها

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢١٢/٢

ببعضها فلا زكاة عليه لما في القنية لو كان الخبيث نصابا لا يلزمه الزكاة؛ لأن الكل واجب التصدق عليه فلا يفيد إيجاب التصدق ببعضه، ومثله في البزازية قال في الشرنبلالية وبه صرح في شرح المنظومة ويجب عليه تفريغ ذمته برده إلى أربابه إن علموا وإلا إلى الفقراء (قوله: وهو قيد حسن إلخ) قال في النهر: وينبغي أن يقيد بما إذا لم يكن له مال غيره يوفي منه الكل أو البعض فإن كان زكى ما قدر على وفائه ثم رأيته في الحواشي السعدية قال: محمل ما ذكروه ما إذا كان له مال غير ما استهلكه بالخلط يفضل عنه فلا يحيط الدين بماله، وهذا طبق ما فهمته، ولله – تعالى – المنة. اهـ.

قلت: وقد رأيت ما يفيده في الفصل العاشر من التتارخانية حيث قال عن فتاوى الحجة: ومن ملك أموالا غير طيبة أو غصب أموالا وخلطها ملكها بالخلط ويصير ضامنا، وإن لم يكن له سواها نصاب فلا زكاة عليه في تلك الأموال، وإن بلغت نصابا؛ لأنه مديون، ومال المديون لا ينعقد سببا لوجوب الزكاة عندنا اهـ.

وذكر في الشرنبلالية مثل ما في السعدية وبالجملة فوجوب الزكاة عليه مقيد بما إذا أبرأه الغرماء أو بما إذا كان له مال يوفي دينه، وإلا فلا وبه يندفع **الإشكال** لكن لا بد أن يكون معه نصاب زائد على ما يوفي دينه؛ لأن ما كان مشغولا بالدين لا زكاة فيه، وإنما يزكي ما زاد عليه إذا بلغ نصابا كما تفيده عبارة السعدية خلافا لما يوهمه كلام النهر وعلى هذا فلم تجب عليه زكاة ما غصبه بل زكاة ماله الزائد عليه ففي هذا **الجواب** نظر فتدبر لا يقال قد يحمل على ما إذا كان له مال آخر من غير جنس مال الزكاة كدور السكنى وثياب البدن ونحوها فإذا كان له من ذلك ما يساوي ما عليه تلزمه الزكاة؛ لأن ما عليه مما غصبه وخلطه صار ملكه وله جهة وفاء مما ذكر؛ لأنا نقول: ما كان من الحوائج الأصلية لا يصير به غنيا فلو كان مديونا بما يساوي حوائجه الأصلية، وقلنا بوجوب الزكاة في ذلك الدين لزم إيجاب الزكاة على الفقير الذي يحل له أخذ الزكاة ولأن المصرح به أن الدين يصرف إلى مال الزكاة حتى لو كان عليه دين، وله مال الزكاة وغيره يصرف الدين إلى مال الزكاة ولو من غير جنسه خلافا لزفر حتى لو تزوج امرأة على خادم بغير عينه وله مائتا درهم وخادم يصرف الدين إلى المائتين دون الخادم خلافا لزفر

صرح بذلك في البدائع فلا يمكن الحمل المذكور تأمل وقد يجاب عن أصل **الإشكال** كما أفاده شيخنا حفظه الله – تعالى – بأن ما غصبه السلطان وخلطه بماله إن كان أصحابه معلومين فلا كلام في وجوب ضمانه لهم، وعدم وجوب الزكاة عليه بقدره قبل أداء ضمانه، وإن كانوا غير معلومين أي لا هم، ولا ورثتهم فعليه زكاته؛ لأنه صار ملكه بالخلط، وهو وإن كانت ذمته مشغولة بقدره." (١)

"فالفرض يتغير في كل عشر من تبيع إلى مسنة) بهذا أمر رسول الله – صلى الله عليه وسلم – معاذا حين بعثه إلى اليمن، ولا خلاف فيما في المختصر إلا في قوله، وفيما زاد على الأربعين فبحسابه ففيه روايات عن الإمام فما في المختصر رواية عن أبي يوسف عنه فيجب في الزائد إذا كان واحدة جزءا من أربعين جزء من مسنة، وروى الحسن عنه أنه لا شيء فيما زاد إلى خمسين ففي الخمسين مسنة وربع مسنة أو ثلث تبيع، وروى أسد بن عمرو عنه أنه لا شيء في الزيادة إلى ستين، وهو قولهما وظاهر الرواية ما في المختصر كذا في غاية البيان لكن في المحيط رواية أسد أعدل الأقوال

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢٢١/٢

وفي جامع الفقه قولهما هو المختار وذكر الإسبيجابي أن الفتوى على قولهما كما ذكره العلامة قاسم في تصحيحه على القدوري، وسمي الحولي من أولاد البقر بالتبيع؛ لأنه يتبع أمه بعد، والمسن من البقر والشاء ما تم له سنتان، ومن الإبل ما دخل في السنة الثامنة ثم لا يتعين الأنوثة في هذا الباب، ولا في الغنم بخلاف الإبل؛ لأنها لا تعد فضلا فيهما بخلاف الإبل، وفي المحيط معزيا إلى الزيادات: له أربعون من البقر عجافا فعليه مسنة بقدرهن، ومعرفة ذلك أن ينظر إلى قيمة التبيع الوسط وقيمة المسنة الوسط، فإن كانت قيمة التبيع أربعين، وقيمة المسنة خمسين تبين أن المسنة مثل تبيع وربع تبيع فعليه واحدة من أفضلهن وربع التي تليها، وإن كانت قيمة أفضلهن ثلاثين، وقيمة التي تليها عشرين فعليه مسنة قيمتها خمسة وثلاثون، وعلى هذا تجري المسائل. اهـ.

(قوله والجاموس كالبقر) ؛ لأن اسم البقر يتناولهما؛ إذ هو نوع منه فيكمل نصاب البقر به وتجب فيه زكاتها وعند الاختلاط تؤخذ الزكاة من أغلبها إن كان بعضها أكثر من بعض، وإن لم يكن فيأخذ أعلى الأدنى وأدنى الأعلى، ولا يرد عليه ما إذا حلف لا يأكل لحم البقر فأكله فإنه لا يحنث كما في الهداية؛ لأن أوهام الناس لا تسبق إليه في ديارنا لقلته، وفي فتاوى قاضي خان من فصل الأكل من الأيمان قال بعضهم لو حلف لا يأكل لحم البقر فأكل لحم الجاموس حنث، ولو حلف أن لا يأكل لحم الجاموس فأكل لحم البقر لا يحنث، وهذا أصح، وينبغي أن لا يحنث في الفصلين للعرف اهـ.

فعلى هذا التصحيح كان التشبيه في قوله كالجاموس عاما في الأيمان أيضا ويوافقه ما في المحيط والجواميس بمنزلة البقر؛ ولهذا لو حلف لا يشتري بقرا فاشترى جاموسا يحنث بخلاف البقر الوحشي؛ لأنه ملحق بخلاف الجنس كالحمار الوحشي وإن ألفت فيما بيننا لا يلتحق بالأهلي حكما حتى يبقى حلال الأكل فكذا البقر الوحشي. اهـ.

والحق ما في الهداية، وفي التبيين وقوله والجاموس كالبقر ليس بجيد لأنه يوهم أنه ليس ببقر اهـ.

وجوابه أنه لما كان في العرف ليس ببقر كان ذلك كافيا في التغاير المقتضي لصحة التشبيه، وعبارة الولوالجي أحسن، وهي والجواميس من البقر؛ لأنها نوع منه والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب

(فصل في الغنم) سميت به؛ لأنه ليس لها آلة الدفاع فكانت غنيمة لكل طالب (قوله في أربعين شاة شاة، وفي مائة وإحدى وعشرين شاتان، وفي مائتين وواحدة ثلاث شياه، وفي أربعمائة أربع شياه ثم في كل مائة شاة شاة) بالإجماع وقدمنا أن الشاة تشمل الذكر والأنثى، وفي المحيط والمتولد بين الغنم والظباء يعتبر فيه الأم فإن كانت غنما وجبت فيها الزكاة ويكمل به النصاب وإلا فلا، وفي الولوالجية لو كان لرجل مائة وعشرون شاة حتى وجبت فيها شاة ليس للساعي أن يفرقها فيجعلها أربعين أربعين فيأخذ ثلاث شياه؛ لأن باتحاد الملك صار الكل نصابا ولو كان بين رجلين أربعون شاة حتى لم يجب على كل واحد

ـــــــ (قوله **وجوابه** أنه لما كان في العرف ليس ببقر إلخ) قال في النهر فيه نظر والأولى أن يقال: إن في كلامه مضافا محذوفا أي وحكم الجاموس كالبقر فلا **إشكال** اهـ.

وفيه نظر لأن كون حكمهما واحدا لا يدفع إيهام أنهما نوعان فالأولى ما ذكره المؤلف تأمل.

[فصل في زكاة الغنم]

(فصل في الغنم)." (١)

"في آخره بمرة وعن أبي يوسف لو أعطى نصف صاع من بر عن يوم واحد لمساكين يجوز قال الحسن وبه نأخذ وإن أعطى مسكينا صاعا عن يومين فعن أبي يوسف روايتان وعند أبي حنيفة لا يجزئه كالإطعام في كفارة اليمين وفي الفتاوى الظهيرية استشهادا لكون البدل لا بدل له وذكر الصدر الشهيد إذا كان جميع رأسه مجروحا فربط الجبيرة لم يجب عليه أن يمسح على الجبيرة؛ لأن المسح بدل عن الغسل والبدل لا بدل له وقال غيره عليه أن يمسح؛ لأن المسح هنا أصل منصوص عليه لا بدل عن غيره اهـ.

(قوله: وللمتطوع بغير عذر في رواية ويقضي) أي له الفطر بعذر وبغيره وإذا أفطر قضى إن كان نفلا قصديا وهذه الرواية عن أبي يوسف وظاهر الرواية أنه ليس له الفطر إلا من عذر وصححه في المحيط وإنما اقتصر على هذه الرواية؛ لأنها أرجح من جهة الدليل ولهذا اختارها المحقق في فتح القدير وقال إن الدلالة تضافرت عليها وهي أوجه ثم اختلف المشايخ على ظاهر الرواية هل الضيافة عذر أو لا قيل نعم وقيل لا وقيل عذر قبل الزوال لا بعده إلا إذا كان في عدم الفطر بعده عقوق لأحد الوالدين لا غيرهما حتى لو حلف عليه رجل بالطلاق الثلاث ليفطرن لا يفطر وقيل إن كان صاحب الطعام يرضى بمجرد حضوره وإن لم يأكل لا يباح الفطر وإن كان يتأذى بذلك يفطر كذا في فتح القدير ولم يصحح شيئا كما ترى وفي الكافي والأظهر أنها عذر وصحح قاضي خان في شرح الجامع الصغير من أحكام الخلوة أن الضيافة عذر وفي الفتاوى الظهيرية قالوا والصحيح من المذهب أنه ينظر في ذلك إن كان صاحب الدعوة ممن يرضى بمجرد حضوره ولا يتأذى بترك الإفطار لا يفطر وقال شمس الأئمة الحلواني أحسن ما قيل في هذا الباب إنه إن كان يثق من نفسه القضاء يفطر دفعا للأذى عن أخيه المسلم وإن كان لا يثق لا يفطر وإن كان في ترك الإفطار أذى أخيه المسلم وفي مسألة اليمين يجب أن يكون الجواب على هذا التفصيل. اهـ.

وفي موضع آخر منها وإن كان صائما عن قضاء رمضان يكره له أن يفطر؛ لأن له حكم رمضان. اهـ.

ولهذا لا يفطر لو حلف عليه رجل بالطلاق ليفطرن كذا في المحيط وفي النهاية الأظهر أن الضيافة عذر وفي البزازية لو حلف بطلاق امرأته إن لم يفطر إن نفلا أفطر وإن قضاء لا والاعتماد على أنه يفطر فيهما ولا يحنثه وإذا قلنا بأن الضيافة عذر في التطوع تكون عذرا في حق الضيف والمضيف كذا في شرح الوقاية وأطلق في قضاء التطوع فشمل ما إذا كان فطره عن قصد أو لا بأن عرض الحيض للصائمة المتطوعة في أصح الروايتين كذا في النهاية وقيدنا النفل بكونه قصديا؛ لأنه لو شرع على ظن أنه عليه ثم علم أنه لا شيء عليه كان متطوعا والأحسن أن يتمه فإن أفطر لا قضاء عليه كذا في المحيط وغيره وقيده صاحب الهداية في التجنيس بأن لا يمضي عليه ساعة من حين ظهر بأن لا شيء عليه فإن مضى ساعة ثم أفطر فعليه القضاء؛ لأنه لما مضى عليه ساعة صار كأنه نوى في هذه الساعة فإذا كان قبل الزوال صار شارعا في صوم التطوع

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢/٢٣٢

فيجب عليه ثم قال إذا نوى الصوم للقضاء بعد طلوع الفجر حتى لا تصح نيته عن القضاء يصير صائما وإن أفطر يلزمه القضاء كما إذا نوى التطوع ابتداء وهذه ترد **إشكالا** على مسألة المظنون. اهـ.

وقد تقدم الكلام عليه عند قوله وما بقي لم يجز إلا بنية معينة وفي البدائع إذا شرع في صوم الكفارة ثم أيسر في خلاله لا قضاء عليه وفي الفتاوى الظهيرية ويكره للعبد أو للأجير أو للمرأة أن يتطوع بالصوم إلا أن يأذن من له حق فيه ومن له الحق له أن يفطره وفي الولوالجية وابنة الرجل وقرابته تتطوع بدون إذنه؛ لأنه لا يفوت حقه. اهـ.

وقيد في المحيط والولوالجية كراهة صوم المرأة بأن يضر بالزوج أما إذا كان لا يضره بأن كان صائما أو مريضا فلها أن تصوم وليس له منعها؛ لأنه ليس فيه إبطال حقه بخلاف العبد والمدبر وأم

ــــــــQ (قوله فإذا كان قبل الزوال صار شارعا) المراد به قبل الضحوة الكبرى ومفهومه أنه إذا كان بعد الزوال أي بعد نصف النهار لا يجب عليه القضاء إذا قطعه سواه قطعه في الحال أو بعد ساعة وهو ظاهر قاله بعض الفضلاء." (١)

"بالأول هو الصحيح لمخالفة الأمر وهو قوله - عليه السلام - «ابدءوا بما بدأ الله به» وإشارة إلى أن الذهاب إلى المروة شوط والعود منها إلى الصفا شوط آخر، وهو الصحيح لما صح في حديث جابر أنه قال «فلما كان آخر طوافه على المروة» ولو كان من الصفا إلى الصفا شوطا لكان آخر طوافه الصفا، ونقل الشارح عن الطحاوي أن الذهاب من الصفا إلى المروة والرجوع منها إلى الصفا شوط قياسا على الطواف فإنه من الحجر إلى الحجر شوط وفي الفتاوى الظهيرية ما يخالفه فإنه قال لا خلاف بين أصحابنا أن الذهاب من الصفا إلى المروة شوط محسوب من الأشواط السبعة فأما الرجوع من المروة إلى الصفا هل هو شوط آخر. قال الطحاوي لا يعتبر الرجوع من المروة إلى الصفا شوطا آخر، والصحيح أنه شوط آخر اهـ.

وفرق المحقق ابن الهمام بين الطوافين بالفرق لغة بين طاف كذا وكذا سبعا الصادق بالتردد من كل من الغايتين إلى الأخرى سبعا وبين طاف بكذا فإن حقيقته متوقفة على أن يشمل بالطواف ذلك الشيء فإذا قال طاف به سبعا كان بتكرير تعميمه بالطواف سبعا فمن هنا افترق الحال بين الطواف بالبيت حيث لزم في شوطه كونه من المبدإ إلى المبدإ، والطواف بين الصفا والمروة حيث لم يستلزم ذلك اهـ.

ولم يذكر صلاة ركعتين بعد السعي ختما له وهي مستحبة لفعله - عليه السلام - لذلك لما رواه أحمد.

(قوله ثم أقم بمكة حراما؛ لأنك محرم بالحج) فلا يجوز له التحلل حتى يأتي بأفعاله فأفاد أن فسخ الحج إلى العمرة

ــــــــQ (قوله وفرق المحقق إلخ) وفي العناية فإن قيل ما الفرق بين الطواف والسعي حتى كان مبدأ الطواف هو المنتهى دون السعي أجيب بأن الطواف دوران لا يتأتى إلا بحركة دورية فيكون المبدأ والمنتهى واحدا بالضرورة، وأما السعي فهو قطع مسافة بحركة مستقيمة، وذلك لا يقتضي عوده على بدئه.

(قوله ولما رواه أحمد) قال في الفتح روى المطلب بن أبي وداعة قال «رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حين فرغ

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣٠٩/٢

من سعيه جاء حتى إذا حاذى الركن فصلى ركعتين في حاشية المطاف وليس بينه وبين الطائفين أحد» رواه أحمد وابن ماجه وابن حبان وقال في روايته «رأيت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يصلي حذو الركن الأسود والرجال والنساء يمرون بين يديه ما بينهم وبينه سترة» وعنه «أنه رآه – عليه السلام – يصلي مما يلي باب بني سهم والناس يمرون» إلخ، وباب بني سهم هو الذي يقال له اليوم باب العمرة لكن على هذا لا يكون حذو الركن الأسود. والله أعلم بحقيقة الحال. اهـ.

ونازعه القاري في شرح اللباب بأنه لا دلالة في الحديث أن هذه الصلاة من مستحبات السعي لاحتمال أن تكون لتحية المسجد حين أراد أن يقعد من غير قصد له إلى طواف، وقال الشيخ حنيف الدين المرشدي في شرحه عليه بعد قول السروجي في منسكه ليس للسعي صلاة أقول: وهو الظاهر الذي يميل إليه الخاطر وما تقدم من صلاته – عليه الصلاة والسلام – فمحمول على تحية المسجد لا أنها للسعي، وذلك لأنه – عليه الصلاة والسلام – ما أحب حال دخوله إليه أن يخليه من التحية فحياه بها وحيث كان دخوله عقيب السعي، وفعل ذلك اشتبه الحال على من رآه اهـ.

كذا في حاشية المدني أقول: لكن ذكر القاري في شرحه أن تحية هذا المسجد الشريف بخصوصه هو الطواف إلا إذا كان له مانع فحينئذ يصلي تحية المسجد إن لم يكن وقت كراهية الصلاة اهـ.

والمتبادر من فعله – عليه السلام – ما فهمه الراوي من أن صلاته للسعي فما الداعي إلى العدول عنه مع ما علمته تأمل.

(مهمة) ذكر الشيخ عبد الرحمن المرشدي في شرحه على الكنز أن مسافة ما بين الصفا والمروة سبعمائة وخمسون ذراعا فعليه فعدة السعي خمسة آلاف ومائتان وخمسون ذراعا اهـ.

وفي الشمني سبعمائة وستة وستون ذراعا، وأما عرض المسعى فحكى العلامة الشيخ قطب الدين الحنفي في تاريخه نقلا عن تاريخ الفاكهي أنه خمسة وثلاثون ذراعا، ثم قال وهاهنا **إشكال** عظيم ما رأيت أحدا تعرض له وهو أن السعي بين الصفا والمروة من الأمور التعبدية في ذلك المكان المخصوص وعلى ما ذكر الثقات أدخل ذلك المسعى في الحرم الشريف وحول ذلك المسعى إلى دار ابن عباد كما تقدم، والمكان الذي يسعى فيه الآن لا يتحقق أنه من عرض المسعى الذي سعى فيه رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أو غيره فكيف يصح السعي فيه وقد حول عن محله ولعل **الجواب** أن المسعى كان عريضا وبنيت تلك الدور بعد ذلك في عرض المسعى القديم فهدمها المهدي، وأدخل بعضها في المسجد الحرام وترك البعض، ولم يحول تحويلا كليا وإلا لأنكره علماء الدين من الأئمة المجتهدين اهـ. ملخصا. من المدني.

(قوله فأفاد أن فسخ الحج إلى العمرة لا يجوز) أي بأن يفسخ نية الحج بعدما أحرم به ويقطع أفعاله ويجعل إحرامه وأفعاله للعمرة، وكذا لا يجوز فسخ العمرة ليجعلها حجا كذا في اللباب قبيل الجنايات وفيه ولا يعتمر أي المتمتع حال إقامته بمكة فإن فعل أساء ولزمه دم سواء كان في أشهر الحج أو قبلها وإن كان لم يسق الهدي، وأحل بعد الحلق يفعل كما يفعل الحلال قال شارحه والظاهر أنه يجوز له الإتيان بالعمرة حينئذ؛ لأنه غير ممنوع منها لكراهتها في الأزمنة المخصوصة، وإنما كرهت العمرة للمكي في." (١)

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢/٣٥٩

"وهو أنه لو قدم العشاء على المغرب بمزدلفة يصلي المغرب ثم يعيد العشاء فإن لم يعد العشاء حتى انفجر الصبح عاد العشاء إلى الجواز، وهذا كما قال أبو حنيفة فيمن ترك صلاة الظهر ثم صلى بعدها خمسا، وهو ذاكر للمتروكة لم يجز فإن صلى السادسة عاد إلى الجواز

واعلم أن المشايخ صرحوا في كتبهم بعدم الجواز، وهو يوهم عدم الصحة، وليس بمراد بل المراد عدم الحل، ولهذا صرحوا بالإعادة ولو كانت باطلة لكان أداء إن كان في الوقت وقضاء إن كان خارجه، ولو صرحوا بعدم الحل لزال الاشتباه وحاصل دليلهم المقتضي لعدم الحل أنه ظني مفيد تأخير وقت المغرب في خصوص هذه الليلة ليتوصل إلى الجمع بمزدلفة فعملنا بمقتضاه ما لم يلزم تقديم الدليل القاطع وهو الدليل الموجب للمحافظة على الوقت فقبل طلوع الفجر لم يلزم تقديمه على القطعي، وبعده انتفى إمكان تدارك هذا الواجب، وتقرر المأثم إذ لو وجبت الإعادة بعده كان حقيقته عدم الصحة فيما هو مؤقت قطعا، وفيه التقديم الممتنع وفي فتح القدير وقد يقال بوجوب الإعادة مطلقا لأنه أداها قبل وقتها الثابت بالحديث فتعليله بأنه للجمع فإذا فات سقطت الإعادة تخصيص للنص بالمعنى المستنبط منه، ومرجعه إلى تقديم المعنى على النص

ـــــــــ فيه تفويت الترتيب وهو فرض يفوت الجواز بفوته كترتيب الوتر على العشاء فإن حمل على ظاهره فهو مشكل إلا أن يحمل على ساقط الترتيب أو على عودها إلى الجواز إذا صلى خمسا بعدها، وذلك أن المغرب والعشاء وقتهما وقت العشاء فهما صلاتان اجتمعتا في وقت واحد، وقد تقدم في الوتر والعشاء أنه يجب الترتيب بينهما قالوا هناك ولا يقدم الوتر على العشاء للترتيب لا لأن وقت الوتر لم يدخل حتى لو نسي العشاء وصلى الوتر جاز لسقوط الترتيب وهذا عند أبي حنيفة؛ لأنه فرض عنده فصار كفرضين اجتمعا في وقت واحد كالقضاءين أو القضاء والأداء فينبغي أن يكون في تقديم صلاة العشاء على المغرب هنا كذلك إذ لا موجب لسقوط الترتيب وبانفجار الصبح لم تدخل الفوائت في حد الكثرة. اهـ.

.

قلت: وهذا خلاف الظاهر بل المتبادر سقوط الترتيب هنا أيضا ولذا قال في حواشي مسكين تزاد هذه على ما يسقط به الترتيب (قوله وهو يوهم عدم الصحة) قال في النهر أنى يتوهم عدم الصحة للصلاة بعد دخول وقتها اهـ.

وتأمله مع ما مر عن السراج وقوله في حديث «الصلاة أمامك» أي وقتها أفلا يتوهم معه ذلك، وقال الرملي كيف لا يتوهم والجواز مشترك بين الصحة والحل، وإذا قلنا أنى يتوهم عدم الصحة بعد دخول الوقت قلنا أنى يتوهم عدم الحل بعد دخوله كما هو ظاهر فالتوهم هنا لا ينكر (قوله لكان أداء) أي لكان فعلها ثانيا أداء إن كان في الوقت إلخ.

(قوله وحاصل دليلهم إلخ) خطر لي هنا **إشكال**، وهو أن الحديث المفيد تأخير المغرب إذا كان ظنيا، وكان الدليل الموجب للمحافظة على الوقت قطعيا لم يجز تأخير المغرب عن وقتها الثابت بالقطعي وإلا لزم تقديم الظني عليه مع أنه لا قائل بعدم جواز تأخيره بل بوجوبه ولا محيص حينئذ إلا بدعوى عدم ظنية الحديث أو عدم قطعية دلالة الآية، وإذا كان كذلك لا يتم قوله فعملنا بمقتضاه إلخ وبه يتأيد بحث المحقق ثم رأيت في العناية قال ما نصه، واعترض بأن هذا الحديث من الآحاد فكيف يجوز أن يبطل به قوله تعالى ﴿إن الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا﴾ [النساء: ١٠٣] ، وأجاب شيخ شيخي العلامة بأنه من المشاهير تلقته الأمة بالقبول في الصدر الأول وعملوا به فجاز أن يزاد به على كتاب الله تعالى وأقول: قوله تعالى

﴿إن الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا﴾ [النساء: ١٠٣] الآية ونحوها ليس فيه دلالة قاطعة على تعيين الأوقات، وإنما دلالتها على أن للصلاة أوقاتا وتعيينها ثبت إما بحديث جبريل أو بغيره من الآحاد أو بفعله – عليه الصلاة والسلام –، ومثل ذلك لا يفيد القطع فجاز أن يعارضه خبر الواحد ثم يعمل بفعله – عليه السلام – وهو أنه جمع بينهما بالمزدلفة ولا يجوز أن يكون قضاء فتعين أن يكون ذلك وقته. اهـ.

والأحسن الأول؛ لأن عدم قطعية تعيين الأوقات بعيد لثبوته بالنقل المتواتر عنه – عليه الصلاة والسلام – بل بنظم القرآن إذا فسر دلوك الشمس بغروبها كما في السعدية ثم قال في العناية: وشكك عن أبي يوسف أي أورد **إشكالا** من جانبه على صاحبيه بأن صلاة المغرب التي صلاها في الطريق أما إن وقعت صحيحة أو لا فإن كان الأول فلا تجب الإعادة لا في الوقت ولا بعده، وإن كان الثاني وجبت فيه وبعده؛ لأن ما وقع فاسدا لا ينقلب صحيحا بمضي الوقت، وأجيب بأن الفساد موقوف يظهر أثره في ثاني الحال كما مر في مسألة الترتيب اهـ.

هذا ويؤخذ من هذا **الجواب** أن مرادهم من عدم الجواز عدم الصحة؛ لأنه لا فرق بين الفساد والبطلان في العبادات، وهو ظاهر ما في الهداية حيث قال ومن صلى المغرب في الطريق لم يجزه عند أبي حنيفة ومحمد – رحمه الله – وعليه إعادتها ما لم يطلع الفجر

وقال أبو يوسف يجزئه وقد أساء. اهـ.؛ لأن قوله لم يجزه من الإجزاء لا من الجواز والذي يطلق على الحل الثاني لا الأول، وقول المؤلف ولو كانت باطلة إلخ **جوابه** ما علمت من أن البطلان غير بات بل هو موقوف، ويدل عليه ما نقله عن الظهيرية وتنظيره بمن ترك الظهر إلخ فإن البطلان في المقيس عليه غير بات نعم ظاهر ما في النهاية يوافق ما ذكره المؤلف حيث نظر وجوب الإعادة هنا بما إذا صلى." (١)

"الإيضاح إذ لا شك في وقوع الأول معتدا به حتى حل به النساء واستدل له بما في الأصل لو طاف لعمرته محدثا أو جنبا في رمضان وحج من عامه لم يكن متمتعا إن أعاده في شوال أو لم يعده، وقواه في فتح القدير. وإنما وجب الدم لترك الواجب؛ لأن الواجب الإعادة في أيام النحر فإذا مضت ترك واجبا والظاهر أن الخلف لفظي لا ثمرة له؛ لأن الدم واجب اتفاقا، وإن اختلف التخريج.

(قوله: وصدقة لو محدثا للقدوم) أي يجب عليه صدقة لو طاف للقدوم محدثا؛ لأنه دخله نقص بترك الطهارة فينجبر بالصدقة إظهارا لدنو رتبته عن الواجب بإيجاب الله تعالى، وهو طواف الزيارة.

وأشار إلى أن كل طواف هو تطوع فهو كذلك، وقيد بالحدث؛ لأنه لو طاف للقدوم جنبا لزمه الإعادة ودم، وإن لم يعد؛ لأن النقص فيه متغلظ فتلزمه الإعادة احتياطا، وقال محمد: ليس عليه أن يعيد طواف التحية؛ لأنه سنة، وإن أعاد فهو أفضل كذا في المحيط وبهذا ظهر بطلان ما في غاية البيان معزيا إلى الإسبيجابي من أنه لا شيء عليه لو طاف للقاء محدثا أو جنبا؛ لأنه يقتضي عدم وجوب الطهارة للطواف؛ ولأن طواف التطوع إذا شرع فيه صار واجبا بالشروع ثم يدخله النقص

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢/٣٦٧

بترك الطهارة فيه.

غاية الأمر أن وجوبه ليس بإيجابه تعالى ابتداء فأظهرنا التفاوت في الحط من الدم إلى الصدقة فيما إذا طافه محدثا، ومن البدنة إلى الشاة فيما إذا طافه جنبا، وظاهر كلامهم يقتضي وجوب الشاة فيما إذا طاف للتطوع جنبا. وذكر في غاية البيان أنه إن طاف للقدوم محدثا وسعى ورمل عقبه فهو جائز والأفضل أن يعيدهما عقيب طواف الزيارة، وإن طاف له جنبا وسعى ورمل عقبه فإنه لا يعتد به ويجب عليه السعي عقب طواف الزيارة ويرمل فيه. (قوله: والصدر) بالجر عطف على القدوم فتجب صدقة لو طاف محدثا ودم لو جنبا فقد سووا بين طواف القدوم وبين طواف الصدر مع أن الأول سنة والثاني واجب، وأجاب عنه في الهداية بأن طواف القدوم يصير واجبا أيضا بالشروع، وأقره الشارحون، وقد يقال إن ما وجب ابتداء قبل الشروع أقوى مما وجب بالشروع فينبغي عدم المساواة قيد بترك الطهارة للطواف؛ لأن السعي محدثا أو جنبا لا يوجب شيئا سواء كان سعي عمرة أو حج؛ لأنه عبادة تؤدى لا في المسجد الحرام والأصل أن كل عبادة تؤدى لا في المسجد في أحكام المناسك فالطهارة ليست بواجبة لها كالسعي والوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار بخلاف الطواف فإنه عبادة تؤدى في المسجد فكانت الطهارة واجبة فيه كذا في الفتاوى الظهيرية.

(قوله:

ـــــــــــQ (قوله: حتى حل به النساء) كذا صرح به في اللباب حيث قال: ويقع معتدا به في حق التحلل لكن ذكر قبله فرعا يخالفه حيث قال: لو طاف للزيارة جنبا ثم جامع ثم أعاده طاهرا فعليه دم، وقال: شارحه والتحقيق أنه مبني على انفساخ الأول بالثاني وتمامه فيه (قوله: وإنما وجب الدم) أي فيما لو أعاده بعد أيام النحر، وقد طافه جنبا (قوله: والظاهر أن الخلف لفظي) أي الخلف بين الرازي والكرخي، وفيه نظر فقد قال في السراج، وفائدة الخلاف في إعادة السعي فعلى قول الكرخي لا تجب إعادته، وعلى قول الرازي تجب؛ لأن الطواف الأول قد انفسخ فكأنه لم يكن. اهـ.

وأما ما في النهر من أن مقتضى ما قاله الإسبيجابي اعتبار الثاني، وعليه فالخلاف معنوي فائدته تظهر في إيجاب الدم، وعدمه في فصل الحدث. اهـ.

ففيه نظر أما أولا فلأن كلام المؤلف في فصل الجناية، وأما ثانيا فلما علمت من تأييد نقله الاتفاق في الحدث بما نقلناه أولا عن السراج، وأما ثالثا فلأن دعواه أن مقتضى ما قاله الإسبيجابي اعتبار الثاني إن كان مراده من قول الإسبيجابي ما قدمناه عنه، وليس في كلام النهر غيره فلا يقتضي ذلك؛ لأن قوله، وإلا أي، وإن لم يعدها في أيام النحر وجب عليه دم يحتمل أن يكون مقصورا على فصل الجناية.

(قوله: وبهذا ظهر بطلان ما في غاية البيان إلخ) قال في النهر ما قاله الإسبيجابي موافق لما في مبسوط شيخ الإسلام كما في الدراية وجزمه في المحيط بحكم لا يقتضي عدم وجوبه ألا ترى أنه لا شيء عليه لو طاف مع النجاسة كما مر مع وجوب التحامي عنها على الطائفين نعم القول بضعفه له وجه. (قوله: وأجاب عنه في الهداية إلخ) ليس ذلك في الهداية، وإنما أجاب فيها عما قد يقال ينبغي وجوب الدم في الصدر لوجوبه بأنه دون طواف الزيارة، وإن كان واجبا فلا بد من إظهار

التفاوت بينهما قال: وعن أبي حنيفة – رحمه الله – أنه يجب شاة إلا أن الأول أصح ثم قال: وإن طاف جنبا فعليه شاة؛ لأنه نقص كثير ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفى بالشاة. اهـ.

نعم ما ذكره من **الإشكال والجواب** ذكره الزيلعي، وأما ما ذكره المؤلف بقوله: وقد يقال إلخ فقد أجيب عنه كما في النهر بأن أحد المحظورين لازم أعني التسوية بينه وبين طواف الزيارة والقدوم فالتزم أهونهما، وهو التسوية بين الواجب ابتداء والواجب بعد الشروع، قال: وما قيل من أن طواف الصدر واجب بفعل العبد أيضا، وهو الصدر قال بعض المتأخرين: إنه وهم؛ لأنه واجب قبله كما في شرح الجامع الصغير بخلاف القدوم.." (١)

"الهداية والمجمع إلى أن الأمر ليس بإيجاب، وإنما هو توكيل، وقوله زوجتك قائم مقام اللفظين بخلافه في البيع لما عرف أن الواحد في النكاح يتولى الطرفين بخلاف البيع، وهو توكيل ضمني فلا ينافيه اقتصاره على المجلس فقد علمت اختلاف المشايخ في أن الأمر بإيجاب أو توكيل فما في المختصر على أحد القولين فاندفع ما اعترض به منلا خسرو من أن صاحب الكنز خالف الكتب فلم يتنبه لما في الهداية فالمعترض غفل عن القول الآخر حفظ شيئا وغابت عنه أشياء مع أن الراجح كونه إيجابا؛ لأن الإيجاب ليس إلا اللفظ المفيد قصد تحقيق المعنى أو لا، وهو صادق على لفظة الأمر فليكن إيجابا ويستغنى عما أورد أنه توكيل من أنه لو كان توكيلا لما اقتصر على المجلس كذا رجحه الكمال لكن يرد عليه ما لو قال: الوكيل بالنكاح هب ابنتك لفلان فقال: الأب، وهبت فإنه لا ينعقد النكاح ما لم يقل الوكيل بعده قبلت كذا في الخلاصة معللا بأن الوكيل لا يملك التوكيل، ولم يذكر خلافا.

وفي الظهيرية لو قال: هب ابنتك لابني فقال: وهبت لم يصح ما لم يقل أبو الصغير قبلت، وفي التتمة لو قال: هب ابنتك لفلان فقال: الأب وهبت ما لم يقل الوكيل قبلت لا يصح، وإذا قال: قبلت فإن قال: لفلان صح النكاح للموكل، وإن قال: مطلقا قبلت يجب أن يصح أيضا للموكل، وهذا يدل على أن من قال: بعدما جرى بينهما كلام بعت هذا العبد بألف درهم، وقال: الآخر اشتريت يصح، وإن لم يقل البائع بعت منك. اهـ.

وما في الظهيرية مشكل؛ لأن للأب أن يوكل في نكاح ابنه فلو كان الأمر إيجابا لم يتوقف على القبول إلا أن يقال: إنه مفرع على القول بأنه توكيل لا إيجاب وحينئذ تظهر ثمرة الاختلاف بين القولين لكنه متوقف على النقل وصرح في فتح القدير بأنه على أن الأمر توكيل يكون تمام العقد بالمجيب، وعلى القول بأن الأمر إيجاب يكون تمام العقد قائما بهما. اهـ. فعلى هذا لا يشترط سماع الشاهدين للأمر على القول الأول؛ لأنه لا يشترط الإشهاد على التوكيل ويشترط على القول الثاني كما لا يخفى، وظاهر ما في المعراج أن زوجني، وإن كان توكيلا لكن لما لم يعمل

ـــــــــــQ (قوله: فاندفع ما اعترض به منلا خسرو) دفعه في النهر بوجه آخر، وهو أن ما في المختصر ليس نصا في أنه إيجاب إذ كون أحدهما للماضي يصدق بكون الثاني للحال (قوله: لكن يرد عليه) أي على أن الأمر إيجاب (قوله: كذا رجحه الكمال) قال في النهر: ثم قال: والظاهر أنه لا بد من اعتباره توكيلا، وإلا بقي طلب الفرق بين النكاح والبيع حيث لا يتم بقوله بعينه بكذا فيقول بعت بلا **جواب**. اهـ.

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢١/٣

ثم ذكر في النهر ما أورده المؤلف من كلام الخلاصة ثم قال: لكن في بيوع الفتح الفرق بين النكاح والبيع على أن الأمر إيجاب أن النكاح لا يدخله المساومة؛ لأنه لا يكون إلا بعد مقدمات، ومراجعات فكان للتحقيق بخلاف البيع، وما في الخلاصة مفرع على أنه توكيل كما دل عليه التعليل وينبغي على أنه إيجاب أن لا يحتاج إلى القبول (قوله: وفي التتمة لو قال: هب ابنتك إلخ) قال الرملي وبه يعلم حكم ما لو قال: زوجت موكلك فقال: الوكيل قبلت، ولم يقل لموكلي فاعلمه فإنه كثير الوقوع. اهـ. أي فيصح.

(قوله: وهذا يدل على أن من قال: بعد ما جرى بينهما كلام إلخ) تأمل في هذه الدلالة نعم ما يأتي عن الظهيرية من قوله، وهذه المسألة تدل إلخ الدلالة فيه ظاهرة تأمل. (قوله:؛ لأن للأب أن يوكل في نكاح ابنه) أي فلا يصح أن يكون مفرعا على أنه توكيل؛ لأنه حينئذ يكون تمام العقد بالمجيب غير متوقف على قبول الأب بعد، وقوله فلو كان الأمر إيجابا إلخ صحيح في نفسه، ولكن تفريعه على ما قبله غير صحيح فالصواب إبدال قوله إيجابا بتوكيلا؛ لأن عدم كونه مفرعا على كونه إيجابا قد علم من قوله أولا لكن يرد عليه إلخ أي على أن الأمر إيجاب، وعلى كل فقوله إلا أن يقال: إلخ غير صحيح، وكذا قوله: وحينئذ تظهر ثمرة الاختلاف؛ لأنه ظهر أنه لا يصح تفريعه على كل من القولين إذ لو كان إيجابا أو توكيلا لما توقف على قوله ثانيا قبلت بل لو كان إيجابا كان قول الآخر وهبت قبولا فيتم العقد، وكذا لو كان توكيلا كما علمته مما مر ويمكن تصحيح كلامه على وجه بعيد، وهو أن يجعل قوله: فلو كان الأمر إيجابا تفريعا على قوله لكن يرد عليه إلخ فلا يرد شيء مما مر فتدبر.

هذا وقد أجاب في الرمز عن إشكال المؤلف بأنه إنما توقف الانعقاد على القبول فيما ذكر من الفروع؛ لأنه لم يظهر إرادة الإيجاب فيها؛ لأن الوكيل أو الأب إذا اجتمع فقال: هب ابنتك لفلان أو لابني أو أعطها مثلا كان ظاهرا في الطلب، وأنه مستقبل لم يرد به الحال والتحقق فلم يتم به عقد بخلاف زوجني ابنتك بكذا بعد الخطبة ونحوها فإنه ظاهر في التحقق والإثبات الذي هو معنى الإيجاب فلا يرد عليه أنه يصح توكيل الأب في تزويج ولده؛ لأنا نقول لفظه هذا يخرج مخرج الإيجاب والإثبات لكونه إنشاء للتزويج فلا بد أن يظهر منه معنى الإثبات كما يأتي عن الإسبيجابي ويشهد له ما في البزازية طلب منها الزنا فقالت: وهبت نفسي منك، وقيل لا يكون نكاحا بخلاف الهبة ابتداء على وجه النكاح." (١)

"عن اختيار لما في الخانية لو أخذها العطاس أو السعال حين أخبرت فلما ذهب العطاس أو السعال قالت لا أرضى صح ردها، وكذا لو أخذ فمها ثم ترك، فقالت لا أرضى؛ لأن ذلك السكوت كان عن اضطرار، وأطلقه فشمل ما إذا كانت عالمة بحكمه أو جاهلة وشمل ما إذا استأذنها لنفسه لما في الجوامع لو استأذن بنت عمه لنفسه وهي بكر بالغة فسكتت فزوجها من نفسه جاز؛ لأنه صار وكيلا بسكوتها اهـ.

وقيد بالسكوت؛ لأنها لو ردته ارتد وقولها لا أريد الزوج أو لا أريد فلانا سواء في أنه رد سواء كان قبل التزويج أو بعده وهو المختار كما في الذخيرة ولو قالت بعد الاستئمار: غيره أولى منه فليس بإذن وهو إجازة بعد العقد، كما فيها أيضا. وفرقوا بينهما بأنه يحتمل الإذن وعدمه فقبل النكاح لم يكن النكاح فلا يجوز بالشك وبعد النكاح كان فلا يبطل بالشك كذا في

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٨٨/٣

الظهيرية وهو مشكل؛ لأنه لا يكون نكاحا إلا بعد الصحة وهو بعد الإذن فالظاهر أنه ليس بإذن، فيهما وقولها " ذلك إليك " إذن مطلقا بخلاف قولها أنت أعلم أو أنت بالمصلحة أخبر وبالأحسن أعلم كما في فتح القدير وأراد بالسكوت السكوت عن الرد لا مطلق السكوت؛ لأنه لو بلغها الخبر فتكلمت بكلام أجنبي فهو سكوت هنا فيكون إجازة فلو قالت الحمد لله اخترت نفسي أو قالت هو دباغ لا أريده فهذا كلام واحد فكان ردا، كذا في الظهيرية

وأطلق في الضحك فشمل التبسم وهو الصحيح كما في فتح القدير ولا يرد عليه ما إذا ضحكت مستهزئة فإنه لا يكون إذنا وعليه الفتوى وضحك الاستهزاء لا يخفى على من يحضره؛ لأن الضحك إنما جعل إذنا لدلالته على الرضا فإذا لم يدل على الرضا لم يكن إذنا، وأطلق في الاستئذان فانصرف إلى الكامل وهو بأن يسمي لها الزوج على وجه يقع لها به المعرفة ويسمي لها المهر، أما الأول فلا بد منه لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه فلو قال أزوجك من رجل فسكتت لا يكون إذنا فلو سمى فلانا أو فلانا فسكتت فله أن يزوجها من أيهما شاء، وكذا لو سمى جماعة مجملا فإن كانوا يحصون فهو رضا نحو من جيراني أو بني عمي وهم كذلك وإن كانوا لا يحصون نحو من بني تميم فليس برضا كما في المحيط، وهذا كله إذا لم تفوض الأمر إليه أما إذا قالت أنا راضية بما تفعله أنت بعد قوله وإن أقواما يخطبونك أو زوجني ممن تختاره ونحوه فهو استئذان صحيح كما في الظهيرية وليس له بهذا المقالة أن يزوجها من رجل ردت نكاحه أولا؛ لأن المراد بهذا العموم غيره كالتوكيل بتزويج امرأة ليس للوكيل أن يزوجه مطلقته إذا كان الزوج قد شكا منها للوكيل وأعلمه بطلاقها كما في الظهيرية.

وأما الثاني ففيه ثلاثة أقوال مصححة: قيل لا يشترط ذكر المهر في الاستئذان؛ لأن للنكاح صحة بدونه وصححه في الهداية، وقيل يشترط ذكره؛ لأن رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة وهو قول المتأخرين من مشايخنا كما في الذخيرة وفي فتح القدير أنه الأوجه وتفرع عليه أنه لو لم يذكر المهر لها قالوا إن وهبها من رجل نفذ نكاحه؛ لأنها رضيت بنكاح لا تسمية فيه والنكاح بلفظ الهبة يوجب مهر المثل وإن زوجها بمهر مسمى لا ينعقد نكاح الولي؛ لأنها ما رضيت بتسمية الولي فلا ينعقد نكاح الولي إلا بإجازة مستقلة كذا في الخانية وغيرها، وهو مشكل؛ لأن مقتضى الاشتراط أن لا يصح الاستئذان إذا لم يذكره فلم يصح

ـــــــQالأب بريء وليس للأب أن يأخذ الزوج بالمهر إلا بوكالة منها اهـ. فهو مخالف لما هنا تأمل.

(قوله جاز؛ لأنه صار وكيلا بسكوتها) أما لو زوجها لنفسه فبلغها الخبر فسكتت فإنه لا يجوز كما سيأتي بعد ورقة. (قوله كما فيها أيضا) الضمير راجع إلى الذخيرة ثم إن ذكر قوله وفرقوا بينهما إلى قوله كذا في الظهيرية عقب قوله كما فيها أيضا ثم إعقابه بقوله وهو مشكل إلخ كما في هذه النسخة أحسن مما في عامة النسخ حيث ذكر فيها بعد قوله كما فيها أيضا وأراد بالسكوت إلى قوله كذا في الظهيرية ثم قوله وقولها ذلك إليك إلى قوله كما في فتح القدير ثم قوله وفرقوا بينهما ثم قوله وهو مشكل. (قوله وقولها ذلك إليك إذن) ؛ لأنه إنما يذكر للتوكيل بخلاف ما بعده؛ لأنه قد يذكر للتعريض بعدم المصلحة فيه كذا في الفتح. (قوله وهو مشكل؛ لأنه لا يكون نكاحا إلخ) أصل الإشكال لصاحب الفتح، وقد أجاب عنه في الرمز بقوله: ويجاب بأن العقد إذا وقع وورد بعده ما يحتمل كونه تقريرا له وكونه ردا ترجح بوقوعه احتمال التقرير وإذا ورد قبله ما يحتمل الإذن وعدمه ترجح الرد لعدم وقوعه فيمنع من إيقاعه لعدم تحقق الإذن فيه.

(قوله قالوا إن وهبها من رجل) قال في الفتح يعني فوضها اهـ وعزا المسألة إلى التجنيس معللة بأنه إذا وهبها فتمام العقد بالزوج والمرأة عالمة به وإذا سمى مهرا فتمامه به أيضا، ثم قال وهو فرع اشتراط التسمية في كون السكوت الرضا ويجب كون **الجواب** في المسألة الأولى مقيدا بما إذا علمت بالتفويض تفريعا على القول الآخر قال في النهر وبه اندفع **إشكال** البحر. (قوله وهو مشكل؛ لأن مقتضى الاشتراط إلخ) قال في الرمز **والجواب** أن الذي رضيت به لم يوجد وما وجد إن لم ترض به أو لا فإجازتها كافية في نفاذه." (١)

"مكرهة في التمكين صدقت ولا يبطل خيارها.

وفي الخلاصة لو أكلت من طعامه أو خدمته فهي على خيارها لا يقال كون القول لها في دعوى الإكراه في التمكين مشكل؛ لأن الظاهر يصدقها كذا في فتح القدير ولا **إشكال** في عبارة شرح الطحاوي؛ لأن مراده من الاشتغال بشيء آخر عمل يدل على الرضا بالنكاح كالتمكين ونحوه لا مطلق العمل كما يدل عليه سياق كلامه بل قد صرح بأن خيار البلوغ في حق الثيب والغلام لا يبطل بالقيام عن المجلس وإلا فينبغي أن يحمل على ما ذكرناه ليوافق غيره وفي الجوامع إذا بلغ الغلام، فقال فسخت ينوي الطلاق فهي طالق بائن وإن نوى الثلاث فثلاث، وهذا حسن؛ لأن لفظ الفسخ يصلح كناية عن الطلاق.

ثم قال في فتح القدير وتقبل شهادة الموليين على اختيار أمتهما التي زوجاها نفسها إذا أعتقاها ولا تقبل شهادة الغاصبين المزوجين بعد البلوغ أنها اختارت نفسها؛ لأن سبب الرد قد انقطع في الأولى بالعتق ولم ينقطع في الثانية إذ هو النسب وهو باق اهـ.

وقد علم أن خيار البلوغ يخالف خيار العتق في مسائل منها اشتراط القضاء. والثاني أن خيار المعتقة لا يبطل بالسكوت بل يمتد إلى آخر المجلس كما في المخيرة، بخلاف خيار البلوغ في حق البكر. والثالث أن خيار العتق يثبت للأنثى فقط بخلاف خيار البلوغ يثبت لهما. والرابع أن الجهل بخيار البلوغ ليس بعذر بخلافه في خيار العتق. والخامس أن خيار العتق يبطل بالقيام عن المجلس كالمخيرة وخيار البلوغ في حق الثيب والغلام لا يبطل به كذا في غاية البيان وأفاد المصنف بقوله ولو دلالة أن دفع المهر رضا كما في الهداية وحمله في فتح القدير على ما إذا كان قبل الدخول أما إذا كان دخل بها قبل بلوغه ينبغي أن لا يكون دفع المهر بعد بلوغه رضا؛ لأنه لا بد منه أقام أو فسخ. اهـ.

(قوله وتوارثا قبل الفسخ) صادق بصورتين: إحداهما ما إذا مات أحدهما قبل البلوغ ثانيهما ما إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق فإن الآخر يرثه؛ لأن أصل العقد صحيح والملك الثابت به قد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي إذا مات أحد الزوجين قبل الإجازة؛ لأن النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وهاهنا نافذ فيتقرر به، أشار المصنف – رحمه الله – إلى أنه يحل للزوج وطؤها قبل الفسخ لما ذكرنا وإلى أنها لو بلغت واختارت نفسها والزوج غائب لا يفرق بينهما ما لم يحضر الغائب ولو كان زوجها صبيا لا ينتظر كبره ويفرق بينهما بحضرة والده أو وصيه إن لم يأتيا بما يدفعها كذا في أحكام الصغار.

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣/١٢٠

(قوله ولا ولاية لصغير وعبد ومجنون) ؛ لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا يثبت على غيرهم ولأن هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء أطلق في العبد فشمل المكاتب فلا ولاية له على ولده كذا في المحيط لكن للمكاتب ولاية في تزويج أمته كما عرف وأراد بالمجنون المطبق وهو شهر وعليه الفتوى وفي فتح القدير لا يحتاج إلى تقييده به؛ لأنه لا يزوج حال جنونه مطبقا أو غير مطبق ويزوج حالة إفاقته عن جنون مطبق أو غير مطبق لكن المعنى أنه إذا كان مطبقا تسلب ولايته فتزوج ولا ينتظر إفاقته وغير المطبق الولاية ثابتة له فلا تزوج وتنتظر إفاقته كالنائم ومقتضى النظر أن الكفء الخاطب إن فات بانتظار إفاقته تزوج وإن لم يكن مطبقا وإلا انتظر على ما اختاره المتأخرون في غيبة الولي الأقرب اهـ.

(قوله ولا لكافر على مسلم) لقوله تعالى ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾ [النساء: ١٤١] ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان، قيد بالمسلم؛ لأن للكافر ولاية على ولده الكافر لقوله تعالى ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ [الأنفال: ٧٣] ولهذا تقبل شهادتهم على بعضهم ويجري بينهما التوارث وكما لا تثبت الولاية لكافر على مسلم كذلك لا تثبت لمسلم على كافرة أعني ولاية التزويج بالقرابة وولاية التصرف في المال قالوا: وينبغي أن يقال إلا أن يكون المسلم سيد أمة كافرة أو سلطانا، قال السروجي لم أر
ـــــــ (قوله؛ لأن الظاهر يصدقها) جواب لا يقال.

(قوله ولا تقبل شهادة العاصبين) تثنية عاصب بالعين والصاد المهملتين وما في بعض النسخ من الغاصبين بالمعجمة فتحريف.

(قوله؛ لأنه لا يزوج حال جنونه إلخ) يزوج مضارع مبني للمعلوم وفاعله ضمير يعود إلى المجنون ومثله قوله ويزوج حالة إفاقته، وأما قوله بعد فتزوج فهو بالتاء مبني للمجهول ونائب الفاعل يعود إلى المرأة المولى عليها ومثله قوله تزوج وإن لم يكن مطبقا.." (١)

"قياس قولهما وفي رواية الجامع الصغير والأصل القول قول الزوج في نصف المهر من غير تحكيم للمتعة وفي الهداية، ووجه التوفيق أنه وضع المسألة في الأصل في الألف والألفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فيفيد التحكيم والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الأصل. اهـ. وصحح في البدائع وشرح الطحاوي أنه يتنصف ما قال الزوج ورجحه في فتح القدير بأن المتعة موجبة فيما إذا لم يكن فيه تسمية وهنا اتفقا على التسمية فقلنا ببقاء ما اتفقا عليه وهو نصف ما أقر به الزوج ويحلف على نفي دعواها الزائد وأراد بتحكيم المتعة فيما إذا كان المسمى دينا أما إذا كان عينا كما في مسألة العبد والجارية فلها المتعة من غير تحكيم إلا أن يرضى الزوج أن تأخذ نصف الجارية بخلاف ما إذا اختلفا في الألف والألفين؛ لأن نصف الألف ثابت بيقين لاتفاقهما على تسمية الألف والملك في نصف الجارية ليس بثابت بيقين؛ لأنهما لم يتفقا على

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٣٢/٣

تسمية أحدهما فلا يمكن القضاء بنصف الجارية إلا باختيارهما فإذا لم يوجد سقط البدلان فوجب الرجوع إلى المتعة كذا في البدائع.

(قوله ولو في أصل المسمى يجب مهر المثل) أي ولو اختلفا في أصل المسمى بأن ادعاه أحدهما ونفاه الآخر فإنه يجب مهر المثل اتفاقا والمتعة إن طلقها قبل الدخول اتفاقا أما عندهما فظاهر؛ لأن أحدهما يدعي التسمية والآخر ينكره فالقول قول المنكر، وكذا عند أبي يوسف لتعذر القضاء بالمسمى بخلاف ما تقدم؛ لأنه أمكن القضاء بالمتفق وهو الأقل ما لم يكن مستنكرا وقوله في الهداية؛ لأن مهر المثل هو الأصل عند أبي حنيفة ومحمد مشكل؛ لأنه قدم قبله أن المسمى هو الأصل عن محمد، وإنما مهر المثل هو الأصل عند الإمام فقط كذا ذكره الشارحون **وجوابه** أنه الأصل في التحكيم عندهما كما مر في الاختلاف في القدر وليس مراده الأصالة بالنسبة إلى المسمى فلا **إشكال** أطلقه فشمل الاختلاف في حياتهما وبعد موت أحدهما سواء كان في الأصل أو في القدر فحكم الاختلاف بعد موت أحدهما في القدر كهو في حياتهما كما في المحيط، وأما في الأصل، فقال في التبيين ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما **فالجواب** فيه **كالجواب** في حياتهما بالاتفاق؛ لأن اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما، وكذا لو طلقها قبل الدخول اهـ.
يعني: تحكم المتعة وفي البزازية ادعت المسمى بعد موته فأقر الوارث به لكن قال لا أعرف قدره حبس وظاهر كلام المصنف أنه يجب مهر المثل بالغا ما بلغ وليس كذلك بل لا يزاد على ما ادعته المرأة لو كانت هي المدعية للتسمية ولا ينقص عما ادعاه الزوج لو كان هو المدعي لها كما أشار إليه في البدائع ولم يتعرض الشارحون للتحليف، وذكر صدر الشريعة أنه يحلف عندهما فإن نكل ثبت المسمى وإن حلف المنكر وجب مهر المثل، وأما عند أبي حنيفة ينبغي أن لا يحلف المنكر؛ لأنه لا تحليف عنده في النكاح فيجب مهر المثل اهـ.
وفيه نظر؛ لأن التحليف هنا
ـــــــــــــــ
(قوله وفي الهداية، ووجه التوفيق إلخ) قال في الفتح وحاصله يرجع إلى وجوب تحكيم المتعة إلا في موضع يكون ما اعترف به أكثر منها فيؤخذ باعترافه ويعطي نصف مهر المثل. (قوله ويحلف على نفس دعواها الزائد) قال في الفتح بعده وعلى هذا فلا يتم ذلك التوفيق بل يتحقق الخلاف ولهذا قيل في المسألة روايتان لكن ما ذكر في **جواب** قول أبي يوسف آنفا يدفعه اهـ.
والذي ذكره قبيله نصه، وأما قوله تيقنا التسمية وهي ما أقر به الزوج فليس بذاك بل المتيقن أحدهما غير عين وهو لا ينفي الرجوع إذ لا فرق بين ذلك وعدم التسمية حيث تعذر القضاء بأحدهما عينا اهـ.
وقوله وهو لا ينفي الرجوع أي كون المتيقن غير عين لا ينفي الرجوع إلى الأصل وهو هنا المتعة وبه يظهر ما في قول المؤلف ورجحه في فتح القدير.

(قوله **وجوابه** أنه الأصل في التحكيم) ينبو عن هذا **الجواب** قول الهداية أنه الموجب الأصلي في باب النكاح وعن هذا قال في النهر، وقد مر فيما لو تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد ما يغنيك عن هذا **الجواب** وما فيه من التعسف. (قوله

حبس) أي حتى يبين لقيامه مقام الزوج كذا في البزازية. (قوله وفيه نظر) سبقه إليه صاحب الدرر وتبعه ابن الكمال قال نوح أفندي وأجاب عنه بعض الفضلاء في حواشي صدر الشريعة، فقال لا يقال إن الكلام في النكاح دون المهر ويجري الحلف في المال اتفاقا كما سيصرح به المصنف في كتاب الدعوى بقوله إن ادعت المرأة إلى قوله يلزم المال؛ لأنا نقول ما ذكره هناك رواية وما ذكره الشارح هاهنا دراية، وقد رمز إليه بقوله ينبغي، وجه الدراية هاهنا عدم نفع التحليف عند النكول إذ الأصل فيه عنده مهر المثل دون المسمى فيجب مهر المثل، وأما عندهما ففيه نفع لوجوب المسمى عند النكول؛ لأنه الأصل عندهما اهـ. ثم نقل عن الوافي **جوابا** رده في العزمية **والجواب** السابق قال فيه الباقاني فيه نظر.." [1]

"التعويض فلم يكن هبة منها فلها الاسترداد وفي الثانية حصل التمليك فصح التعويض فلا رجوع لها

وقد يقال التعويض على ظن الهبة لا مطلقا، وقد أنكرها فينبغي أن ترجع وقيد المصنف بكونه ادعاه مهرا؛ لأنها لو ادعت أنه من المهر وقال هو وديعة فإن كان من جنس المهر فالقول قولها وإن كان من خلافه فالقول قوله وأطلق في البعث فشمل ما إذا اشترى لها شيئا بعدما بنى بها بأمرها أو دفع إليها دراهم حتى اشترت هي صرح به في التجنيس وفيه لو قالت له أنفق على مماليكي من مهري ففعل، ثم قالت لا أحسبه منه؛ لأنك استخدمتهم فما أنفق عليهم بالمعروف فهو من المهر ولو بعث إليها بقرة عند موت أبيها فذبحتها وأطعمتها فطلب قيمتها فإن اتفقا أنه لم يذكر قيمة ليس له الرجوع وإن اتفقا على ذكر الرجوع بالقيمة فله الرجوع وإن اختلفا فالقول لها واختار قاضي خان أن القول قول الزوج؛ لأنها تدعي الإذن بالاستهلاك بغير عوض وهو ينكر فالقول له كمن دفع إلى غيره دراهم فأنفقها ثم ادعى أنها قرض وقال القابض إنها هبة فالقول قول صاحب الدراهم. اهـ.

وفي فتاوى قاضي خان لو جاء إلى بيته بقطن فغزلته المرأة فإن قال اغزليه لي فهو له ولا أجر لها وإن قال اغزليه لنا فهو له ولها أجر مثلها وإن قال اغزليه فهو له وإن قال اغزليه لنفسك فهو لها وإن اختلفا، فقالت قلت: اغزليه لنفسك وكذبها فالقول قوله مع يمينه وإن نهاها عن غزله فغزلته كان لها؛ لأنها غاصبة وله عليها مثل قطنه وإن اختلفا في النهي فالقول له وإن لم ينه ولم يأذن فغزلته إن كان بياع القطن فهو لها وعليها مثل قطنه وإلا فهو له إلى آخر ما في الفتاوى وهاهنا فروع ذكروها في الفتاوى لا بأس بإيرادها فإنها مهمة الأول: لو خطب امرأة في بيت أخيها فأبى الأخ أن يدفع إليه دراهم فدفع ثم تزوجها كان للزوج أن يسترد ما دفع له. الثاني: لو خطب ابنة رجل، فقال أبوها إن نقدت إلي المهر كذا أزوجها منك ثم بعد ذلك بعث بهدايا إلى بيت الأب ولم يقدر على أن ينقد المهر ولم يزوجه فأراد أن يرجع قالوا ما بعث للمهر وهو قائم أو هالك يسترده

وكذا كل ما بعث هدية وهو قائم، فأما الهالك والمستهلك فلا شيء فيه الثالث لو أنفق على معتدة الغير على طمع أن يتزوجها إذا انقضت عدتها فلما انقضت أبت ذلك إن شرط في الإنفاق التزوج كأن يقول أنفق بشرط أن تتزوجيني يرجع زوجت نفسها أو لا، وكذا إذا لم يشترط على الصحيح، وقيل لا يرجع إذا زوجت نفسها، وقد كان شرطه وصحح أيضا وإن أبت ولم يكن شرطه لا يرجع على

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣/١٩٦

ـــــــــQأن يسترد متاعه وقال أبو بكر الإسكاف إلخ وظاهره أن في المسألة قولين وظاهر كلام المؤلف عدم اشتراط التصريح به وعليه فقد يفرق بأن ما سبق مصور فيما إذا قصدت التعويض وما هنا فيما إذا لم تقصده هي أو الأب ويدل عليه أنه في فتح القدير بعدما ذكر ما نقله عنه المؤلف ذكر عبارة الفتاوى السمرقندية، ثم قال وفيما إذا بعث الأب بعد بعث الزوج تعويضا يثبت له حق الرجوع على الوجه الذي ذكر في فتاوى أهل سمرقند، وكذا البنت فيما أذنت في بعثه تعويضا اهـ.
فعلم أن ما بعثه الأب من ماله أو من مالها بإذنها على وجه التعويض يثبت فيه الرجوع كما يثبت فيما بعثته هي والله أعلم.
(قوله ولو بعث إليها بقرة) قال في النهر، وهذا قد يشكل على ما مر؛ لأنه المملك في هذه الحالة فكان أعرف بجهة التمليك، ولذا قال القاضي ينبغي أن يكون القول للزوج. اهـ.
قلت: تصوير المسألة على ما في العمادية التتارخانية وغيرهما امرأة ماتت فاتخذت والدتها مأتما فبعث زوج الميتة بقرة إلى أم المرأة فذبحتها إلى آخر ما هنا وبه يظهر **جواب الإشكال** فتدبر.
(قوله وإن قال اغزليه لنا) أي لي ولك وقوله فهو له أي؛ لأنه يصير مستأجرا لها بجزء منه فهو مثل قفيز الطحان فلم تصح الإجارة ويكون لها أجر مثلها؛ لأنها غزلته على طمع أن لها منه حصة لا تبرعا. (قوله كان للزوج أن يسترد ما دفع) أي قائما أو هالكا؛ لأنه رشوة كذا في البزازية. (قوله: وقيل لا يرجع إلخ) حاصل القول الأول أنه يرجع مطلقا سواء شرط التزوج أو لا وسواء تزوجته أو لا. وحاصل الثاني أنه يرجع في صورة ما إذا أبت وكان شرط التزوج أما إذا لم يشترط أو تزوجته مطلقا فلا رجوع له؛ لأن قوله إذا زوجت إلخ يفهم منه عدم الرجوع إذا لم يشترط بالأولى ويفهم من قوله وإن أبت إلخ أنه إن شرطه يرجع فصار حاصله ما قلنا وفي كلامه مخالفة لما في الفتح حيث قال وفي الخلاصة أنفق على معتدة الغير على طمع أن يتزوجها إذا انقضت عدتها فلما انقضت أبت إن شرط في الإنفاق التزوج يرجع زوجت نفسها أو لا؛ لأنه رشوة، والصحيح لا يرجع لو زوجت نفسها وإن لم يشرط لكن أنفق على هذا الطمع اختلفوا والأصح أنه لا يرجع إذا زوجت قاله الصدر الشهيد وقال الشيخ الإمام أنه يرجع عليها زوجت نفسها منه أو لا؛ لأنه رشوة واختاره في المحيط، وهذا إذا دفع الدراهم إليها لتنفق على نفسها. أما إذا أكل معها فلا يرجع بشيء اهـ.
ولم يذكر ما إذا أبت أن تتزوجه في فصل عدم الاشتراط صريحا إلا ما قد يتوهم من اقتصاره على قول الشهيد ومن بعده أنه يرجع إذا لم تتزوجه وحكي في فتاوى الخاصي فيما إذا أنفق بلا شرط بل للعلم عرفا أنه ينفق للتزوج ثم لم تتزوج به خلافا منهم من قال يرجع؛ لأن." (١)

"وهو عاقل فجن ثم وجد الشرط وقع عليه وهو مجنون لما ذكرنا وأشار بالطلاق إلى وجوب العدة عليها إن كان دخل بها لأن المرأة إذا كانت مسلمة فقد التزمت أحكام الإسلام ومن حكمه وجوب العدة
وإن كانت كافرة لا تعتقد وجوبها لأن الزوج مسلم، والعدة حقه وحقوقنا لا تبطل بديانتهم وأشار أيضا إلى وجوب النفقة لها ما دامت في العدة، وإن كانت المرأة مسلمة لأن المنع من الاستمتاع جاء من جهة الزوج وهو غير مسقط بخلاف ما إذا كانت كافرة وأسلم الزوج فلا نفقة لها لأن المنع من جهتها ولذا لا مهر لها إن كان قبل الدخول وأشار أيضا إلى وقوع

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٩٩/٣

طلاقه عليها ما دامت في العدة كما لو وقعت الفرقة بالخلع أو بالجب، والعنة كذا في المحيط وظاهره أنه لا فرق في وقوع الطلاق عليها بين أن يكون هو الآبي أو هي وظاهر ما في فتح القدير أنه خاص بما إذا أسلمت وأبى هو، والظاهر الأول، وقد وقع في شرح المجمع لابن الملك هنا سهو ونقله عن المحيط وهو بريء عنه فاجتنبه فإنه قال لو كانت نصرانية وقت إسلامه ثم تمجست تكون فرقتها طلاقا وإنما الصواب وقعت الفرقة بلا عرض عليها كما في المحيط.

(قوله: ولو أسلم أحدهما ثمة لم تبن حتى تحيض ثلاثا فإذا حاضت ثلاثا بانت) لأن الإسلام ليس سببا للفرقة، والعرض على الإسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد وأقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر أطلقه فشمل المدخول بها وغيرها وهذا دليل على أن هذه الحيض ليست بعدة لأنها لو كانت عدة لاختصت بالمدخول بها ولم يذكر المصنف عليها بعد ذلك عدة لعدم وجوبها لأن المرأة إن كانت حربية فلا عدة عليها، وإن كانت هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة خلافا لهما كما سيأتي في المهاجرة كذا في الهداية تبعا لما في المبسوط وذكر الإمام الطحاوي وجوب العدة عليها وأطلقه وينبغي حمله على اختيار قولهما وأفاد بتوقف البينونة على الحيض أن الآخر لو أسلم قبل انقضائها فلا بينونة وأطلق في إسلام أحدهما في دار الحرب فشمل ما إذا كان الآخر في دار الإسلام أو في دار الحرب أقام الآخر فيها أو خرج إلى دار الإسلام فحاصله أنه ما لم يجتمعا في دار الإسلام فإنه لا يعرض الإسلام على المصر سواء خرج المسلم أو الآخر لأنه لا يقضى لغائب ولا على غائب كذا في المحيط وأشار بالحيض إلى أنها من ذواته فلو كانت لا تحيض لصغر أو كبر فلا تبين إلا بمضي ثلاثة أشهر وبهذا علم أن مسألة ما إذا أسلم أحد الزوجين على اثنين وثلاثين وجها لأن الثمانية المتقدمة على أربعة لأنهما إما أن يكونا في دار الإسلام أو في دار الحرب أو أحدهما في دار الإسلام فقط وهو صادق بصورتين ولم يبين صفة البينونة هل هي طلاق أو فسخ للاختلاف ففي السير إنها طلاق عند أبي حنيفة ومحمد لأن انصرام هذه المدة جعل بدلا عن قضاء القاضي
والبدل قائم مقام الأصل وعند أبي يوسف فسخ وهو رواية عنهما لأن هذه فرقة وقعت حكما لا بتفريق القاضي فكانت فسخا بمنزلة ردة الزوج وملكه امرأته كذا في المحيط وينبغي أن يقال إن كان المسلم هو المرأة فهي فرقة بطلاق لأن الآبي هو الزوج حكما، وقد أقيم مضي المدة مقام إبائه وتفريق القاضي وإباؤه طلاق عندهما فكذا ما قام مقامه، وإن كان المسلم هو الزوج فهي فسخ لما تقدم في إبائها فكذا حكم ما قام مقامه وأما وقوع الطلاق عليها فإن كان قبل البينونة فلا **إشكال** في الوقوع لأنها زوجة، وإن كان بعد البينونة بمضي المدة فإن كان في العدة عند من أوجبها وقع وإلا فلا وأما عند من
ـــــــQالطلاق بملك النكاح إذ لا ضرر في إثبات أصل الملك بل في الإيقاع فإذا تحققت الحاجة إلى صحة إيقاع الطلاق من جهته لدفع الضرر كان صحيحا، وتمامه في فصل العوارض من شرح التحرير (قوله: وإن كانت هي مسلمة) الأولى إسقاط الواو (قوله: بخلاف ما إذا كانت كافرة وأسلم الزوج فلا نفقة لها) قال في الشرنبلالية شامل للصغيرة المجنونة التي فرق بإباء، والدها قبل الدخول بها ولا نفع لها في إسقاط حقها فيكون واردا على أنه لا يتصرف إلا فيما فيه نفع للصغير فلينظر **جوابه** (قوله: وظاهره أنه لا فرق. . . إلخ) هذا الظاهر خلاف الظاهر بل الظاهر أنه خاص بما إذا كان هو الآبي ليكون إباؤه طلاقا كما هو مقتضى التشبيه في قوله كما لو وقعت الفرقة بالخلع أو بالجب، والعنة فإنها فرقة من جانبه فتكون طلاقا

ومعتدة الطلاق يقع عليها الطلاق أما لو كان الآبي هي تكون الفرقة فسخا لأنها ليست أهلا للطلاق، والفسخ رفع للعقد فلا يقع الطلاق في عدته، والظاهر أن هذا وجه ما في الفتح لكن سيأتي أول كتاب الطلاق أنه لا يقع طلاق في عدة عن فسخ إلا في تفريق القاضي بإباء أحدهما عن الإسلام، وفي ارتداد أحدهما مطلقا.

(قوله: ليس سببا) بل السبب إنما هو الإباء عن الإسلام بشرط مضي الحيض أو الأشهر فيمن لا تحيض.." (١)

"واحد أو بعلة واحدة وكذا الثاني لأن إعتاق المولى ليس بعلة لتطليق الزوج وكذا تطليقه ليس بعلة لإعتاقه فتعين الوجه الأول واستحال أن يتعلق العتق بالتطليق لأنه حينئذ يزول ملك المالك بلا رضاه فيتعين تعلق الطلاق بالإعتاق، والمعلق به التطليق لا الطلاق عندنا لما قررت في شرح مختصر الأصول أن أثر التعلق في منع السبب لا في منع الحكم عندنا. وإنما امتنع الحكم ضرورة امتناع السبب خلافا للشافعي فيصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا وعنده صار تطليقا زمن التكلم إلى آخره وأورد عليه ما إذا قال لأجنبية: أنت طالق مع نكاحك حيث يتأتى فيه التقرير المذكور مع أنه لا يقع إذا تزوجها وحاصل ما أجابوا به أنه يملك التعليق بصريح الشرط وبمعناه بعد النكاح وأما قبله فلا يملكه إلا بالصريح كإن ونحوه الموضوعة للتعليق ولذا صح التعليق بقوله أنت طالق في دخولك الدار ولم يصح قوله: لأجنبية أنت طالق في نكاحك وتعقبه في فتح القدير تبعا لما في معراج الدراية بأن الدليل إنما قام على ملك اليمين المضافة إلى الملك فتعلق بما يوجب معناه كيفما كان اللفظ، والتقييد بلفظ خاص بعد تحقق المعنى تحكم ويمكن أن يجاب عنه بأن الطلاق مع النكاح يتنافيان فلم تصح الحقيقة فيه بخلاف ما نحن فيه لأن الطلاق، والعتق لا يتنافيان، وفي المحيط رجل تحته حرة وأمة دخل بهما فقال إحداكما طالق ثنتين فأعتقت الأمة فعين الطلاق في الأمة في مرضه طلقت ثنتين ولا تحل إلا بزوج لأن الطلاق المبهم في حق الموقع نازل رجل تحته أمتان فقال المولى إحداكما حرة فقال الزوج المعتقة طالق ثنتين فالخيار للمولى لأن الزوج جعل إيقاعه بناء على إيقاع المولى العتق وخيار البيان لمن هو الأصل في الإبهام وهو المولى وملك الزوج الرجعة لأنه طلق في حال الحرية، والحرية لا تحرم بالثنتين ولو قال الزوج: إحداكما طالق ثنتين فقال المولى: المطلقة معتقة فالبيان إلى الزوج لأنه هو المجمل ولا يملك الزوج الرجعة لأن الطلاق صادفها، وهي أمة فتحرم بالثنتين فإن مات المولى في الصورة الأولى قبل البيان عتق نصف كل واحدة وخير الزوج في بيان المطلقة لوقوع اليأس بموت المولى فجعل البيان إلى الزوج بخلاف ما لو غاب المولى لا يجبر الزوج على البيان لعدم اليأس اهـ .

قوله: (ولو تعلق عتقها وطلقتاها بمجيء الغد فجاء لا) يعني لو قال المولى لأمته: إذا جاء غد فأنت حرة وقال زوجها: إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين فجاء الغد لا يملك الزوج الرجعة عندهما خلافا لمحمد، والأصل فيه أن العلة والمعلول يقترنان عند الجمهور في الخارج ومنهم من قال إن المعلول يعقبها بلا فصل ومنهم خصوا العلل الشرعية فجعلوها تستعقب المعلول بخلاف العقلية كالاستطاعة مع الفعل واختار القول الثاني في فتح القدير سواء كانت عقلية أو شرعية حتى إن الانكسار يعقب

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢٢٨/٣

الكسر في الخارج غير أنه لسرعة إعقابه مع قلة الزمن إلى الغاية إذا كان آنيا لم يقع تمييز التقدم، والتأخر فيهما وهذا لأن المؤثر لا يقوم به التأثير قبل وجوده وحالة خروجه من العدم لم يكن ثابتا فلا بد من أن تكمل هويته ليقوم به عارض وإلا لم يكن مؤثرا، وفي التلويح لا نزاع في تقدم العلة على المعلول بمعنى احتياجه إليها ويسمى التقديم بالعلية وبالذات ولا في مقارنة العلة العقلية لمعلولها بالزمان كي لا يلزم التخلف، والخلاف في العلل الشرعية اهـ.

وإذا عرف هذا فمن الأوجه لمحمد أنهما لما تعلقا بشرط واحد وجب أن تطلق زمن نزول الحرية فيصادفها وهي حرة لاقترانهما وجودا فلا تحرم بها حرمة غليظة قلنا المتعلقان بشرط واحد يقتضي أن يصادفها على الحالة التي صادفها عليها العتق وهي الرق فتغلظ الحرمة بلا شك بخلاف المسألة الأولى لأن الإعتاق هناك شرط فيقع الطلاق بعده قوله: (وعدتها ثلاث حيض) يعني في المسألتين اتفاقا كما في المحيط لأنها حكم

ـــــــــــه (قوله: ويمكن أن يجاب عنه. . . إلخ) قال في النهر: هذا مأخوذ مما في الشرح حيث قال في **جواب** أصل **الإشكال** قلنا إنما تركنا الحقيقة فيما نحن فيه باعتبار أن الزوج مالك للطلاق تنجيزا وتصرفه نافذ فلزم من صحته تعلقه به وأما الأجنبي فلا يملك ذلك ولكن يملك اليمين فإن صح التركيب بذكر حروفه كإن تزوجتك فأنت طالق صح ضرورة صحة اليمين مع المنافي فيما لم يلزم العدول فيه عن الحقيقة، وفيما لم يؤد إلى التنافي، والطلاق، والعتق لا يتنافيان اهـ. ملخصا.

وأنت إذا تحققته علمت أن ما أجاب به في البحر لا يمس ما نحن فيه على أنه غير صحيح في نفسه إذ صحة الحقيقة ليس هو المدعي ليترتب نفيها على التنافي اهـ. فتأمله." (١)

"ما في القنية ولم يتعقبه، ويدل على **الإشكال** عكسه المتقدم وهو ما إذا كان الطلاق على مال بعد البائن فإنه يقع.

(قوله: لا البائن) أي البائن لا يلحق البائن إذا أمكن جعله خبرا عن الأول لصدقه فلا حاجة إلى جعله إنشاء ولا يرد أنت طالق أنت طالق لأنه لا احتمال فيه لتعينه للإنشاء شرعا حتى لو قال: أردت به الإخبار لا يصدق قضاء، والمراد بالبائن الذي لا يلحق البائن الكناية المفيدة للبينونة بكل لفظ كان لأنه هو الذي ليس ظاهرا في الإنشاء في الطلاق كما أوضحه في فتح القدير ولذا قال في الخلاصة: لو قال لها بعد البينونة خلعتك، ونوى به الطلاق لا يقع به شيء، وفي الحاوي القدسي: إذا طلق المبانة في العدة، وإن كان بصريح الطلاق وقع ولا يقع بكنايات الطلاق شيء، وإن نوى اهـ.

ومراده ما عدا الرواجع ولكن يشكل عليه ما في الخلاصة من الجنس السادس من بدل الخلع لو طلقها بمال ثم خلعها في العدة لم يصح فإن هذا بائن لحق صريحا، وإن كان بائنا كما قدمناه فمقتضى ما قدمناه صحة الخلع ولا مخلص إلا بكون المراد بعدم صحته عدم لزوم المال، والدليل عليه أن صاحب الخلاصة صرح في عكسه، وهو ما إذا طلقها بمال بعد الخلع أنه يقع ولا يجب المال ولا فرق بينهما كما لا يخفى ثم اعلم أن المال، وإن لم يلزم فلا بد في الوقوع من قبولها لما في البزازية قال لها بعد الخلع: أنت طالق على ألف لا يقع إلا بقبولها، وإن كان المال لا يلزمها، وهذه مسألة الجامع وهي رواية في واقعة الفتاوى خالعها مرتين ثم قالت في عدة الثاني بقي لي طلاق واحد اشتريته منك بعشرة دنانير حتى تكمل الثلاث

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣٠٨/٣

فقال الزوج بعت الطلاق الثالث منك بعشرة وقالت اشتريته بعشرة يقع الثالث ولا يجب المال لأنه إعطاء المال لتحصيل الخلاص المنجز وأنه حاصل وأما اشتراط قبولها في أول المسألة فلأن قوله أنت طالق على ألف تعليق طلاقها بالقبول فلا يقع بلا وجود الشرط اهـ.

وشمل كلامه ما لو قال للمبانة أبنتك بتطليقة فإنه لا يقع بخلاف أنت طالق بائن كما في البزازية وفرق في الذخيرة بينهما بأنا إذا ألغينا بائنا يبقى قوله: طالق وبه يقع، ولو ألغينا أبنتك يبقى قوله: بتطليقة وهو غير مفيد وقيدنا بإمكان كونه خبرا عن الأول لأنه لو لم يمكن بأن نوى بالبائن الثاني البينونة الغليظة قيل يصدق فيما نوى ويقع الثلاث لأنها محل البينونة، والحرمة الغليظة وقيل لا يصدق لأن التغليظ صفة للبينونة فإذا لغت النية في أصل البينونة لكونها حاصله لغت في إثبات وصف التغليظ كذا في المحيط واقتصر الشارحون على الوقوع لكن بصيغة ينبغي فكان الوقوع هو المعتمد، وفي البزازية: لو قال للمبانة أبنتك أخرى يقع لأنه لا يصلح جوابا اهـ.

أي لا يصلح كونه خبرا عن الأول، وفي القنية: لو قال لها أنت بائن ثم قال في عدتها أنت بائن بتطليقة أخرى يقع اهـ.

وينبغي أنه إذا أبانها ثم قال لها: أنت بائن ناويا طلقة ثانية أن تقع الثانية بنيته لأنه بنيته لا يصلح خيرا فهو كما لو قال: أبنتك بأخرى

ـــــــالطلاق بمال.

(قوله: ولا مخلص إلا بكون المراد. . . إلخ) هذا بعيد كما في النهر وأقول: قد علمت المخلص بحمل الصريح في قولهم، والبائن يلحق الصريح لا البائن على الصريح الرجعي، والطلاق بمال صريح بائن فلا يلحقه الخلع وقوله: والدليل عليه. . . إلخ غير ظاهر إذ الفرق أوضح من أن يخفى فإن عدم لزوم المال في العكس وهو ما إذا طلقها بمال بعد الخلع سيذكر وجهه قريبا وهو أن إعطاء المال لتحصيل الخلاص المنجز وأنه حاصل أي لأن الخلاص المنجز الذي لا يتوقف على مضي عدة حاصل بالخلع فإذا طلقها بعده وقع بائنا، وإن كان رجعيا لحصول البينونة قبله وإذا كان بمال لم يلزم المال أيضا لذلك أما في مسألتنا إذا طلقها أولا بمال يلزم المال بلا شبهة إذ لولاه لم يحصل الخلاص المنجز فيلزم المال لحصول المقصود به ثم إذا خلعها بعده لم يقع لئلا يلزم تحصيل الحاصل وهو الخلاص المنجز فكيف يصح دعوى عدم لزوم المال الذي حصل به العوض المقصود به بشيء طارئ عليه بل يلغو ذلك الطارئ إذ هو أحق بالإلغاء لحصول المقصود قبله وهذا الوجه معين أيضا لما قلنا من أن المراد بالصريح هنا ما يشمل الصريح البائن إذ لا فائدة في وقوع البائن بعده، وإن كان الأول بلفظ الصريح فاغتنم تحرير هذا المقام فإنه من فيض الفتاح العليم.

(قوله: وينبغي أنه إذا أبانها. . . إلخ) لا يخفى اندفاعه بما مر عن المحيط من إلغاء النية في أصل البينونة لكونها حاصلة وكذا ما قدمه عن الحاوي من قوله ولا يقع بكنايات الطلاق شيء، وإن نوى على أن تعبيرهم بإمكان كونه خبرا ظاهرا في كونه احترازا عما لا يمكن جعله خبرا لا عما لو نوى به طلقة ثانية لأن كل بائن لا بد فيه من النية فإذا نوى بالبائن الثاني الطلاق وأمكن جعله خبرا عن الأول لا يقع وليس المراد أن ينوي الطلاق الأول بخصوصه وإلا كان عليهم أن يقولوا إذا نوى به

الأول فعدولهم عن التعبير بهذا إلى التعبير بالإمكان المذكور دليل واضح على أنه متى أمكن جعل الثاني خبرا لا يقع، وإن نوى به طلقة أخرى." (١)

"ولا عرف إلا جوابا كذا جعلت الخيار إلي أو أمري بيدي فطلقت لأن الفاء للتفسير فاعتبر المفسر ولغا لفقد التمليك سابقا بخلاف الواو لأنه للابتداء فتقع رجعية وتتخير إذ يوقف ماله إنشاؤه وهو التخيير دون الاختيار ولم يستند لأنه سبب عند الإجازة للتعليق بها فاعتبر المجلس بعدها ولم يقيد بوجود الشرط قبلها في تعليق الفضولي بخلاف البيع لأنه لا يقبل التعليق فاعتبر سببا حال العقد كذا جعلت أمس أمري بيدي، وفي قلت أمس أمري بيدي اليوم لا خيار لها لأن الوقت ثم للجعل، والمجلس بعد الإجازة وهناك للأمر فانتهى بمضيه. اهـ.

(قوله: ولم تصح فيه نية الثلاث) لأنه إنما يفيد الخلوص، والصفا فهو غير متنوع، والبينونة ثبتت فيه مقتضى فلا يعم بخلاف أنت بائن ونحوه لتنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة قيد بالاختيار لأن نية الثلاث صحيحة في الأمر باليد كما سنذكره وقول الشارحين إن الإجماع منعقد على الواحدة فبقي ما وراءه على الأصل منتف لأن زيد بن ثابت قال بوقوع الثلاث قولا بكمال الاستخلاص وبه أخذ مالك في المدخول بها، وفي غيرها يقبل منه دعوى الواحدة وسيأتي ما إذا أجمع بين الأمر باليد، والاختيار وقيد بكون التخيير غير مقرون بعدد لأنه لو قال لها اختاري ثلاثا فقالت اخترت يقع الثلاث لأن التنصيص على الثلاث دليل إرادة اختيار الطلاق لأنه هو الذي يتعدد وقولها اخترت ينصرف إليه فيقع الثلاث فإن كرر التخيير بأن قال لها اختاري اختاري ونوى بكل واحدة منهما الطلاق فقالت اخترت يقع ثنتان لأن كل واحدة منهما تخيير تام بنفسه وقولها اخترت جوابا لهما، والواقع بكل منهما طلاق بائن وكذا إذا ذكر الثاني بحرف الواو أو الفاء كذا في البدائع وسيأتي تمامه عند قوله اخترت الأولى إلى آخره.

(قوله: فإن قامت أو أخذت في عمل آخر بطل خيارها) لكونه تمليكا فيبطل بتبدل المجلس حقيقة أو حكما أطلق القيام فشمل ما إذا أقامها الزوج قهرا فإنه يخرج الأمر من يدها لأنه يمكنها مما نعته من القيام أو المبادرة حينئذ إلى اختيارها نفسها فعدم ذلك دليل على الإعراض كما إذا جامعها مكرهة في مجلسها كما في الخلاصة وأراد بالعمل الآخر ما يدل على الإعراض لا مطلق العمل لأنه لو خيرها فلبست ثوبا أو شربت لا يبطل خيارها لأن اللبس قد يكون لتدعو الشهود، والعطش قد يكون شديدا يمنع من التأمل

ــــــــه لا يفيد شيئا ولم يتوقف على إجازة الزوج لأنه إنما يتوقف عليها ما يكون له إنشاؤه وهو التخيير كما في مسألتنا دون ما ليس له إنشاؤه كالاختيار.

وقوله: ولم يستند. . . إلخ جواب عما يقال لما قالت فطلقت بالفاء، وقال الزوج أجزت صار الأمر بيدها مستند إلى وقت الجعل فتبين أنها طلقت بعدما صار الأمر بيدها فوجب أن تطلق.

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣/٣٣٢

والجواب أن الجعل لم يستند بالإجازة لعدم قبوله ذلك لأنه عبارة عن مالكية التصرف، والتصرف في الماضي محال فكذا مالكيته فكان قولها سببا لمالكيتها أمرها عند الإجازة لا قبلها لأنه تصرف فضولي فيتوقف على الإجازة مطلقا وينفذ عندها لتعلق النفاذ بها ولهذا اعتبر تبدل المجلس في حق خروج الأمر من يدها بعد وجود الإجازة لا قبلها حتى لو قامت بعد الجعل قبل إجازة الزوج لا يبطل وكذا لا يعتد بوجود شرط الطلاق قبل الإجازة في تعليق الفضولي طلاق امرأة بدخول الدار فدخلت ثم أجاز لأن اليمين انعقدت عند الإجازة لا قبلها ولا بد للطلاق المعلق من وجود شرط مستأنف بعد الإجازة وهذا بخلاف البيع لأنه لما لم يقبل التعليق اعتبر سببا حال صدور عقد الفضولي حتى لو أجاز المالك البيع يثبت الملك للمشتري من وقت العقد فيستحق به الزوائد المتصلة، والمنفصلة.

وقوله: كذا. . . إلخ أي وكذا لو قالت المرأة: جعلت أمس أمري بيدي فقال الزوج أجزت لا يقع، وإن زادت واخترت نفسي لكن يكون لها الخيار إذ نوى الطلاق، ولو قالت له قلت أمس أمري بيدي اليوم كله فقال أجزت لا يقع شيء ولا خيار لها، والفرق أن ذكر الوقت وهو أمس في الأولى لبيان وقت الجعل لا لتوقيت جعل الأمر بيدها فبقي الجعل مطلقا فكان موقوفا على الإجازة فكان اعتبار المجلس بعد الإجازة فلا يبطل بقيامها قبله أما هنا الوقت لتوقيت الأمر باليد فينتهي بمضي وقته لأن قولها قلت أمس. إلخ بمنزلة قوله: أمرك بيدك اليوم كله فلم يكن الأمر باليد موجودا وقت الإجازة بصفة التوقف فلغت الإجازة لفقده كذا في شرح الفارسي ملخصا.

(قوله: فلبست ثوبا) كذا في الفتح وقيده في النهر بكونها قاعدة وهكذا في الجوهرة قال الرملي: فظاهره أنها إذا لبسته قائمة يبطل، وفيه إشكال وهو أن القيام بانفراده مبطل اللهم إلا أن يراد به حكم اللبس فقط فلا مفهوم لقوله في الجوهرة أولبست ثيابا من غير أن تقوم اهـ.

قلت الإشكال مبني على قول البعض، والأصح خلافه كما يأتي قريبا، والظاهر أن ما في الجوهرة المراد به ما في التتارخانية حيث قال وكذلك إذا لبست ثيابها من غير قيامها عن المجلس لا يبطل خيارها.." (١)

"أخرى كان القول قوله: قضاء وديانة، وفي فتح القدير وإذ علم أن الأمر باليد مما يراد به الثلاث فإذا قال الزوج نويت التفويض في واحدة بعد ما طلقت نفسها ثلاثا في الجواب يحلف أنه ما أراد الثلاث اهـ.

وقيد بقولها اخترت نفسي لأنها لو قالت في جوابه أمري بيدي لا يصح قياسا واستحسانا كما قدمناه، وفي الخلاصة لو قالت في جوابه ملكت نفسي أمري كان باطلا، ولو قالت اخترت أمري كان جائزا اهـ فالأصل أن كل لفظ يصلح للإيقاع من الزوج يصلح جوابا من المرأة وما لا فلا إلا لفظ الاختيار خاصة فإنه ليس من ألفاظ الطلاق ويصلح جوابا منها كذا في البدائع ولذا قال في الاختيار وغيره لو قال لها أمرك بيدك فقالت أنت علي حرام أو أنت مني بائن أو أنا منك بائن فهو جواب لأن هذه الألفاظ تفيد الطلاق كما إذا قالت طلقت نفسي، ولو قالت أنت مني طالق لم يقع شيء، ولو قالت أنا منك طالق أو أنا طالق وقع لأن المرأة توصف بالطلاق دون الرجل اهـ.

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣٣٧/٣

لكن يرد على الأصل المذكور ما في الخلاصة لو جعل أمرها بيد أبيها فقال أبوها قبلتها طلقت وكذا لو جعل أمرها بيدها فقالت قبلت نفسي طلقت، ولو قال لها اختاري فقالت ألحقت نفسي بأهلي لم يقع كما في جامع الفصولين وهو مشكل لأنه من الكنايات فهو كقولها أنا بائن، والباء في قوله أمرك بيدك ليس بقيد بل حرف في كذلك، وفي المحيط عن محمد لو قال ثلاثا أمرك بيدك كان ثلاثا، ولو قال في يدك فهي واحدة اهـ.

واليد أيضا ليس بقيد فإنه لو قال أمرك في كفيك أو يمينك أو شمالك أو فمك أو لسانك كان كذلك كذا في الخلاصة، والبزازية، وفيهما من فصل نكاح العبد، والأمة تزوج امرأة على أنها طالق أو على أن أمرها بيدها تطلق نفسها كلما تريد لا يقع الطلاق ولا يصير الأمر بيدها، ولو بدأت المرأة فقالت زوجت نفسي منك على أني طالق أو على أن أمري ب ﴿دي أطلق نفسي كلما أريد فقال الزوج قبلت وقع الطلاق وصار الأمر بيدها، ولو بدأ العبد فهو كما لو بدأ الزوج، ولو بدأ المولى فهو كبداءة المرأة اهـ.

وفي البزازية، ولو قال: أمرك في عينيك وأمثاله يسأل عن النية وأمري بيدك كقوله أمرك بيدك ودعواها على زوجها أنه جعل أمرها بيدها لا يقبل أما لو أوقعت الطلاق بحكم التفويض ثم ادعت المهر، والطلاق يسمع وليس لها أن ترفع الأمر إلى القاضي حتى يجبر الزوج على أن يجعل أمرها بيدها، وفي تلخيص الجامع لو قال في البيع، والطلاق أمرها بيد الله وبيدك أو بع بما شاء الله وشئت ينفرد

ــــــــQ (قوله: وفي الخلاصة لو قالت في جوابه: ملكت أمري) في بعض النسخ ملكت نفسي أمري بزيادة لفظ نفسي ولم أجده في الخلاصة (قوله: لكن يرد على الأصل المذكور. . . إلخ) هذا وارد على عكسه وهو وقوله: وما لا فلا ويرد على طرده نحو: أنت مني طالق فإنه يصلح للإيقاع منه مع أنه لا يقع لو أجابت به كما ذكره المؤلف، وقد يجاب عن الثاني بأن ذلك لا يصلح للإيقاع منه لأن قولها أنت مني طالق كناية عن قولها زوجي زيد مني طالق فقابله يكون أنا منك طالق لا أنت مني طالق وبذلك لا يقع لأنه كناية عن قوله زوجك زيد منك طالق وهكذا يعتبر في نظائره ففي قولها أنت علي حرام ونحوه يقع لأنه لو قال زوجك زيد عليك حرام أو أنا عليك حرام يقع لأن قولها أنت كناية عن الظاهر وكذا لو قالت طلقت نفسي يقع لأن قولها نفسي عبارة عن زينب مثلا، ولو قال طلقت زينب يقع وكذا قولها أنا منك طالق أو أنا طالق يقع لأنه لو أسند الطلاق إلى ما كنت عنه بقولها أنا يقع بخلاف أنت مني طالق فإنه لو أسنده إلى ما كنت به عنه لا يقع كما قلنا فليس المراد التعبير بما عبرت به بل إسناد الطلاق إلى ما أسندته إليه وإلا لم يقع في قولها أنا منك طالق.

(قوله: وهو مشكل لأنه من الكنايات. . إلخ) أقول: في عبارة جامع الفصولين ما يدفع الإشكال ونصها " قال لامرأته طلقي نفسك فقالت أنا حرام أو خلية أو برية أو بائن أو بتة أو نحوها فالأصل فيه أن كل شيء من الزوج طلاق إذا سألته فأجابها به فإذا أوقعت مثله على نفسها بعد ما صار الطلاق بيدها تطلق فلو قالت طلقني فقال: أنت حرام أو بائن تطلق فلو قالته بعد ما صار الطلاق بيدها تطلق أيضا وقالت له طلقني فقال الحقي بأهلك وقال لم أنو طلاقا صدق ولا تطلق فلو قالته بعد ما صار الطلاق بيدها بأن قالت ألحقت نفسي بأهلي لا تطلق أيضا اهـ.

وبيان ذلك أن ألحقت نفسي بأهلي من الكنايات التي تصلح للرد فلا يقع بها الطلاق إلا بالنية، ولو في حالة الغضب أو

مذاكرة الطلاق بخلاف حرام بائن. . . إلخ فإنه يقع حال المذاكرة بلا نية فإذا سألته الطلاق فقال أنت حرام وقع بلا نية فلو قاله وقع أيضا بخلاف الحقي بأهلك فإنه لا يتعين للإيقاع بعد سؤالها إلا بالنية فإذا قالته لا يقع هذا ما ظهر لي فتدبره. (قوله: يسأل عن النية) أي إن لم تكن دلالة حال ولذا قال المقدسي بعد ذكره ما مر من أنه لا بد من النية ديانة أو يدل الحال عليها قضاء، وما في البزازية يحمل على ذلك." (١)

"دخلت الدار فأنت طالق فهذه على دخلة واحدة.

ولو قال إن دخلت الدار فأنت طالق إن دخلت فهذا على دخلتين، ولو قال إن قلت لك أنت طالق فأنت طالق ثم قال قد طلقتك تطلق ثنتين واحدة بالتطليق وواحدة باليمين. اهـ.

والفرع الأخير يفيد أن قولهم إن التعليق يراعى فيه اللفظ، ولا يقوم لفظ آخر مقامه يستثنى منه المرادف له فإن قوله قد طلقتك مرادف لقوله أنت طالق من جهة إفادة وقوع الطلاق، ومنها ما في الصيرفية إن لم تمت فلانة غدا فأنت طالق فمضى الغد، وهي حية يقع لإمكانه بخلاف إن تكلمت الموتى حيث لا يقع لعدمه، ومنها ما فيها أيضا قالت لزوجها لك مع فلانة شغل، ولك معها حديث فقال إن كنت أعرف أنه رجل أو امرأة فأنت كذا قال إن كان له معها حديث أو شغل وقع، وإلا فلا لأن الاعتبار هنا للمعنى لا للحقيقة، والمعنى ترك التعرض، ومنها ما لو قال إن لم أكن اليوم في العالم أو في هذه الدنيا فحلال الله علي حرام يحبس حتى يمضي اليوم سواء حبسه القاضي أو الوالي أو في بيت لأن الحبس يسمى نفيا قال تعالى ﴿أو ينفوا من الأرض﴾ [المائدة: ٣٣] . اهـ.

ومنها ما في الخانية أيضا لو قال أنت طالق إن دخلت الدار ثلاثا ينصرف الثلاث إلى الطلاق إلا أن ينوي الدخول، ولو قال أنت طالق إن دخلت الدار عشرا فهي على الدخول عشر مرات لا إلى الطلاق. اهـ.

ومنها ما فيها أيضا قال إن لم أجامعها ألف مرة فهي طالق قالوا هذا على المبالغة والكثرة دون العدد، ولا تقدير في ذلك، والسبعون كثير اهـ.

ومنها ما فيها لو قال لامرأته إن تكوني امرأتي فأنت طالق ثلاثا فإن لم يطلقها واحدة بائنة متصلة بيمينه تطلق ثلاثا، ولو قال إن أنت امرأتي فأنت طالق ثلاثا طلقت ثلاثا اهـ.

ودل اقتصاره على استثناء كلما أن من لا تقيد التكرار فعلى هذا ما في الغاية لو قال لنسوة له من دخلت منكن الدار فهي طالق فدخلت واحدة منهن الدار مرارا طلقت بكل مرة تطليقة لأن الفعل، وهو الدخول أضيف إلى جماعة فيراد به تعميم الفعل عرفا مرة بعد أخرى كقوله تعالى ﴿ومن قتله منكم متعمدا﴾ [المائدة: ٩٥] أفاد العموم، واستدل عليه بما ذكر في السير الكبير إذا قال الإمام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما. اهـ.

وهو مشكل لأن عموم الصيد لكون الواجب فيه مقدرا بقيمة المقتول، وفي السلب بدلالة الحال، وهو أن مراده التشجيع، وكثرة القتل كذا في التبيين، والحق أن ما في الغاية أحد القولين فقد نقل القولين في القنية في مسألة صعود السطح، ودل أيضا على أن إذا لا تفيد التكرار، وأما قوله تعالى ﴿وإذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا فأعرض عنهم﴾ [الأنعام: ٦٨]

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣/٣٤٣

فإنما حرم القعود مع الواحد في كل مرة من العلة لا من الصيغة كمن فيما تقدم لما فيهما من ترتيب الحكم، وهو الجزاء في الأول، ومنع القعود على المشتق منه، وهو القتل والخوض فيتكرر به كما في فتح القدير، ودل أيضا على أن أيا لا تفيد التكرار، وفي المحيط وجوامع الفقه لو قال أي امرأة أتزوجها فهو على امرأة واحدة بخلاف كل امرأة أتزوجها حيث يعم بعموم الصفة اهـ.

واستشكله في التبيين، وفتح القدير حيث لم يعم أي امرأة أتزوجها بعموم الصفة، ولم يجيبا عنه.

وقد ظهر لي أنه لا **إشكال** فيه من حيث الحكم، وهو منقول في الخلاصة والولوالجية أيضا، وزاد في البزازية إلا أن ينوي جميع النساء لأن الصفة هنا ليست عامة لأن الفعل، وهو أتزوج مسند إلى خاص، وهو المتكلم فهو نظير ما صرح به الأصوليون في الفرق بين أي عبيدي ضربته لا يتناول إلا واحدا، وبين أي عبيدي ضربك يعتق الكل إذا ضربوا لأنه في الأول أسند إلى خاص، وفي الثاني إلى عام بخلاف كل امرأة أتزوجها

ـــــــــــــــ (قوله ومنها ما لو قال إن لم أكن اليوم في العالم) الظاهر أن لم زائدة من الناسخ، والصواب حذفها فليراجع ثم راجعت الفتاوى الصيرفية المعزو إليها هذا الفرع فرأيته إن أكن بدون لم. اهـ.

ومما أنشده الوزير ابن مقلة لما حبسه الراضي بالله سنة اثنين وعشرين وثلاثمائة قوله

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها ... فلسنا من الموتى نعد ولا الأحيا

إذا جاءنا السجان يوما لحاجة ... فرحنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

(قوله لأن الصفة هنا) قال الرملي أي في مسألتي كل وأي تأمل (قوله بخلاف كل امرأة أتزوجها) قال الرملي كما أن كلمة كل للعموم فكذا كلمة أي فقد صرحوا قاطبة بأنها من صيغ العموم، وممن صرح به ابن السراج، وصاحب جمع الجوامع، وقوله فإن العموم إنما هو من كلمة كل إلى قوله لأنه لا عموم لهما فيهما مخالف لصريح كلام محمد حيث قال كما نقله عنه البزدوي في أصوله لكنها متى وصفت بصفة عامة عمت بعمومها كسائر النكرات في موضع الإثبات، وقد ظهر لي أن الوجه في **الجواب** العرف يدل عليه ما نقله عن كافي الحاكم فليتأمل، والله تعالى هو الموفق اهـ.

أقول: ما ذكره لا يرد على المؤلف لأنه نقل تصريح الأصوليين بالفرق بين أي عبيدي ضربته، وأي عبيدي ضربك فيعلم من كلامهم." (١)

"للفتوى الحنث قال لها، وهي في بيت أمها إن لم أذهب بك إلى داري فأنت طالق ثم أخرجها من دار أمها فهربت منه فلم يقدر على أخذها وقع. حلف لا يسكن فلم يقدر على الخروج إلا بطرح نفسه عن الحائط بعدما أوثق لم يحنث، ولو وجد الباب مغلقا لم يمكنه ففي حنثه قولان ولو قال: إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فقيد ومنع حنث.

وكذا لو قال لها في منزل والدها إن لم تحضري في منزلي الليلة فأنت طالق فمنعها الوالد من الحضور تطلق هو المختار، ولو قال لأصحابه إن لم أذهب بكم الليلة إلى منزلي فذهب بهم بعض الطريق فأخذهم العسس فحبسهم لا يحنث. إن لم أعمل هذه السنة في المزارعة بتمامها فمرض ولم يتم حنث، ولو حبسه السلطان لا يحنث اهـ.

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٦/٤

أقول: إن قوله إن لم أخرب، وإن لم أذهب بك، وإن لم أخرج، وإن لم تحضري منزلي سواء في أن القيد والمنع لا يمنع الحنث لأنه إكراه، وللإكراه تأثير في الفعل بالإعدام كالسكنى لا في العدم، والمعلق عليه في هذه المسائل العدم فلم يؤثر فيه الإكراه، وإنما يشكل مسألة العسس فإن الشرط العدم، وقد أثر فيه الحبس، وكذا يشكل مسألة إن لم أعمل هذه السنة فإن الشرط العدم، وقد أثر فيه حبس السلطان، ومنها ما في الخانية امرأة دفعت من كيس زوجها درهما فاشترت به لحما، وخلط اللحام الدرهم بدراهمه، وقال لها الزوج إن لم تردي علي ذلك الدرهم اليوم فأنت طالق فمضى اليوم وقع الطلاق لوجود شرطه فإن أراد الحيلة للخروج عن اليمين أن تأخذ المرأة كيس اللحام وتسلمه إلى الزوج اهـ.

وذكر قبله رجل دفع إلى امرأته درهما ثم قال ما فعلت بالدرهم فقالت اشتريت به اللحم فقال الزوج إن لم تردي علي ذلك الدرهم فأنت طالق، وقد ضاع الدرهم من يد القصاب قالوا ما لم يعلم أنه أذيب ذلك الدرهم أو سقط في البحر لا يحنث اهـ.

ومفهومه أنه إذا لم يمكن رده فإنه يحنث فعلم به أن قولهم يشترط لبقاء اليمين إمكان البر إنما هو، وفي المقيدة بالوقت فعدمه مبطل لها أما المطلقة فعدمه موجب للحنث.

والحاصل أن إمكان البر شرط لانعقاد اليمين مطلقا مطلقة كانت أو مقيدة، وأما في البقاء فإن كانت مقيدة فيشترط بقاء إمكان البر لبقائها، وإن كانت مطلقة فلا، ولذا قال في الكتاب من باب اليمين في الأكل والشرب إن لم أشرب ماء هذا الكوز اليوم فكذا، ولا ماء فيه أو كان فصبت أو أطلق، ولا ماء فيه لا يحنث، وإن كان فصبه حنث. اهـ.

وسنوضحه إن شاء الله تعالى، وفي الخانية رجل قال لأصحابه إن لم أذهب بكم الليلة إلى منزلي فامرأته طالق فذهب بهم بعض الطريق فأخذهم اللصوص، وحبسوهم قالوا لا يحنث في يمينه، وهذا الجواب يوافق قول أبي حنيفة ومحمد أصله مسألة الكوز اهـ.

بقي ههنا مسألتان كثر وقوعهما الأولى حلف بالطلاق ليؤدين له اليوم كذا فعجز عن الأداء بأن لم يكن معه شيء، ولا وجد من يقرضه الثانية ما يكتب في التعاليق أنه

ـــــــــــــــــــــــــــــ

(قوله ففي حنثه قولان) قال في الذخيرة في نوع السكنى لو منع من التحول، وأن يخرج بنفسه، ومنعوا متاعه، وأوثقوه، وقهروه أياما لا يحنث في يمينه لأنه مسكن لا ساكن، ولو أراد أن يخرج فوجد الباب مغلقا بحيث لم يمكنه الخروج فلم يخرج فقد اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا لا يحنث، وهو اختيار الفقيه أبي الليث، وبه أخذ الصدر الشهيد، وهذا بخلاف قوله إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته كذا فقيد، ومنع من الخروج حيث تطلق امرأته، وكذا لو قال لامرأته، وهي في منزل والدها إن لم تحضري الليلة منزلي فكذا فمنعها الوالد عن الحضور فإنها تطلق هو المختار، والفرق أن في قوله لا يسكن هذه الدار شرط الحنث هو السكنى، وإنما تكون السكنى بفعله إذا كان باختياره أما في قوله إن لم أخرج من هذا المنزل، وفي قوله إن لم تحضري الليلة منزلي شرط الحنث عدم الفعل، والعدم يتحقق بدون الاختيار اهـ.

(قوله وإنما يشكل مسألة العسس) قال بعض الفضلاء أقول: لا إشكال لأنه صدق عليه أنه ذهب فعدم الحنث لوجود البر، ويشهد له ما يأتي متنا في الأيمان لا يخرج أو لا يذهب إلى مكة فخرج يريدها ثم رجع يحنث. اهـ.

قلت، وسيأتي أيضا هناك عن القنية ما نصه انتقل الزوجان من الرستاق إلى قرية فلحقه رب الديون فقال لها اخرجي معي إلى حيث كنا فيه فأبت إلى الجمعة فقال إن لم تخرجي معي فكذا فإن كان قد تأهب للخروج فهو على الفور، وإلا فلا، وإن خرجت معه في الحال إلى درب القرية ثم رجعت بر في يمينه.

وإن أراد زوجها الخروج أصلا. اهـ. وسيأتي قريبا في كلام المؤلف عن الخانية توجيه آخر لعدم الحنث في مسألة العسس (قوله وكذا يشكل مسألة إن لم أعمل إلخ) أقول: يفهم من قوله فيما لو حلف لا يسكن إلخ أن المنع الحسي لا خلاف في عدم الحنث فيه بخلاف المنع بغير حسي كإغلاق الباب ففيه قولان، والمختار عدم الحنث أيضا كما نقلناه عن الذخيرة فيمكن أن يكون هذا الفرع مبنيا على خلاف المختار، وهو الفرق بين الحسي، وغيره فلذا قال لو مرض حنث، ولو حبسه السلطان لا يحنث لأن الحبس منع حسي بخلاف المرض تأمل." (١)

"إلى المسألتين فإذا أولج ثانيا وجب عليه مهر المثل، وصار مراجعا فجعل الشارح إياه راجعا إلى الثانية قصور، وقيد بالمسألتين لأن الحد لا يجب بالإيلاج ثانيا وإن كان جماعا لما فيه من شبهة أنه جماع واحد بالنظر إلى اتحاد المقصود، وهو قضاء الشهوة في المجلس الواحد، وقد كان أوله غير موجب للحد فلا يكون آخره موجبا له، وإن قال ظننت أنها علي حرام كما في المعراج، ووجب المهر لأن البضع المحترم لا يخلو عن عقر أو عقر، وفي المعراج، ولقائل أن يقول إذا أخرج ثم أولج في العتق ينبغي أن يجب الحد لأنه وطئ لا في ملك، ولا في شبهة، وهي العدة بخلاف الطلاق لوجود العدة، **وجوابه** ما ذكر في الكتاب أن هذا ليس بابتداء فعل من كل وجه لاتحاد المجلس والمقصود. اهـ.

وقيد بالتعليق للاحتراز عما روي عن محمد لو أن رجلا زنى بامرأة ثم تزوجها في تلك الحالة فإن لبث على ذلك، ولم ينزع وجب مهران مهر بالوطء، ومهر بالعقد وإن لم يستأنف الإدخال لأن دوامه على ذلك فوق الخلوة بعد العقد كذا نقلوا، وتخصيص الرواية بمحمد لا يدل على خلاف بل لأنها رويت عنه دون غيره، وفي البزازية حلف لا يقربها فاستلقى وجاءت وقضت منه حاجتها يحنث فيما عليه الفتوى، ولو نائما لا يحنث قال لأمته إن جامعتك فأنت حرة فالحيلة أن يبيعها من غيره ثم يتزوجها ويطأها فتنحل لا إلى جزاء ثم يشتريها منه فيطؤها فلا تعتق. حلف لا يغشاها، وهو عليها فاليمين على الإخراج ثم الإدخال فإن دام عليها لا يحنث، وذكر في أول الفصل الثالث عشر في الجماع لا يحنث بالجماع فيما دون الفرج، وإن أنزل إلا إذا نوى انتهى.

(قوله ولا تطلق في إن نكحتها عليك فهي طالق فنكح عليها في عدة البائن) يعني لا تطلق امرأته الجديدة فيما إذا قال للتي تحته إن تزوجت عليك امرأة فهي طالق فطلق امرأته بائنا ثم تزوج أخرى في عدتها لأن الشرط لم يوجد لأن التزوج عليها أن يدخل عليها من ينازعها في الفراش، ويزاحمها في القسم، ولم يوجد. قيد بالبائن لأنه لو كان رجعيا طلقت كما في شرح مسكين، وفي البزازية من فصل الأمر باليد جعل أمر المرأة التي يتزوجها عليها بأن قال إن تزوجت عليك امرأة فأمرها بيدك أو قال ما دمت امرأتي ثم طلقها بائنا أو خالعها وتزوج أخرى في عدتها ثم تزوج بالأولى لا يصير الأمر بيدها لأن المراد حال

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢١/٤

المنازعة في القسم، ولم يوجد وقت الإدخال، وإن قال إن تزوجت امرأة فأمرها بيدك فأبانها ثم تزوج بأخرى صار الأمر بيدها. اهـ.

وفي القنية من باب تفويض الطلاق إن تزوجت عليك امرأة فأمرها بيدك ثم دخلت المرأة في نكاحه بنكاح الفضولي، وأجاز بالفعل ليس لها أن تطلقها، ولو قال إن دخلت امرأة في نكاحي فلها ذلك، وكذا في التوكيل بذلك انتهى، وفي آخر الأيمان إن سكنت في هذه البلدة فامرأته طالق، وخرج في الفور، وخلع امرأته ثم سكنها قبل انقضاء عدتها لا تطلق لأنها ليست بامرأته وقت وجود الشرط قال إن فعلت كذا فحلال الله علي حرام ثم قال إن فعلت كذا فحلال الله علي حرام لفعل الآخر ففعل أحد الفعلين حتى بانت امرأته ثم فعل الآخر فقيل لا يقع الثاني لأنها ليست بامرأته عند الشرط، وقيل يقع، وهو الأظهر انتهى، وفي القنية طلقها ثم قال إن أمسكت امرأتي إلى مماتي فهي طالق ثلاثا يتركها حتى تنقضي عدتها ثم يتزوجها بعد يوم لا يقع لأنها بمضي العدة خرجت عن أن تكون امرأته فبالنكاح لم يمسك امرأته انتهى.

(قوله ولا في أنت طالق إن شاء الله متصلا، وإن ماتت قبل قوله إن شاء الله) أي لا يقع الطلاق لحديث رواه الترمذي، وحسنه مرفوعا «من حلف على يمين، وقال إن شاء الله لم يحنث» ، وقد بحث فيه المحقق ابن الهمام في كتاب الأيمان قيد بالاتصال لأنه لو كان بينهما سكوت كثير بلا ضرورة ثبت حكم الكلام الأول بخلاف ما إذا كان السكوت بالجشاء أو التنفس، وإن كان له منه بد أو

ـــــــــــــــ (قوله لأن دوامه على ذلك فوق الخلوة بعد العقد) قال في النهر، وهذا يشكل على ما مر إذ قد جعل لآخر هذا الفعل الواحد حكم على حدة. اهـ.

وأجاب بعضهم بأن ما مر مبني على ما هو المذهب عند محمد، وما هنا رواية كما يفيده التعبير بعن. اهـ.

والظاهر سقوط الإشكال من أصله لأن اعتبار آخر الفعل هنا من جهة كونه خلوة فأوجبت المهر، ولا يمكن اعتبار ذلك فيما مر لإيجاب الحد." (١)

"بأس بسوق عبارته بتمامها قال ولو قال إن شاء الله أنت طالق لا تطلق في قول أبي يوسف، وتطلق في قول محمد، والفتوى على قول أبي يوسف، وكذا لو قال إن شاء الله، وأنت طالق ثم اختلف أبو يوسف ومحمد أن الطلاق المقرون بالاستثناء في موضع يصح الاستثناء هل يكون يمينا قال أبو يوسف يكون يمينا حتى لو قال إن حلفت بطلاقك فعبدي حر ثم قال لها أنت طالق إن شاء الله حتى يصح الاستثناء حنث في قول أبي يوسف، وقال محمد لا يكون يمينا، ولا يحنث، وعلى هذا لو قال لامرأته أنت طالق إن دخلت الدار، وعبده حر إن كلمت فلانا إن شاء الله تعالى على قول محمد ينصرف الاستثناء إلى الطلاق والعتاق جميعا، وعلى قول أبي يوسف ينصرف الاستثناء إلى اليمين الثانية اهـ.

فقد ظهر بهذا أن أبا يوسف قائل بأنها يمين لا إبطال، وإن على القول بالتعليق لا يقع الطلاق فيما إذا قدم الشرط، ولم يأت بالفاء في الجزاء كما في شرح المجمع لا أنه يقع على القول به، وإن شارح المجمع قد غلط كما توهمه في فتح القدير،

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣٩/٤

وأن أبا يوسف القائل بعدم الوقوع في الأولى قائل بالوقوع في الثانية، وأن الفتوى على قوله في المسألتين فتحصل من هذا أن الفتوى على أنه تعليق لا إبطال، ولكن فيه **إشكال**، وهو أن مقتضى التعليق الوقوع عند عدم الفاء لعدم الرابط، ومما يظهر فيه ثمرة الخلاف ما لو قال كنت طلقتك أمس إن شاء الله عندهما لا يقع، وعند أبي يوسف يقع كذا في المحيط فثمرة الخلاف تظهر في هذه، وفيما إذا أخر **الجواب**، ولم يأت بالفاء أو أتى بالواو، وحلف أن لا يحلف أو تعقب جملا، وقيد بموتها لأنه إذا مات الزوج قبل الاستثناء، وهو يريده يقع الطلاق، وتعلم إرادته بأن ذكر لآخر قصده قبل التلفظ بالطلاق.
والفرق بين موتها وموته أن بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون إيجابا، والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف موته لأنه لم يتصل به الاستثناء كذا في الهداية، وفي البزازية لو قال أنت طالق إن شاء الله أنت طالق فالاستثناء ينصرف إلى الأول، ويقع الثاني عندنا خلافا لزفر فإنه ينصرف إليهما عنده، ولا يقع شيء، وكذا لو قال أنت طالق ثلاثا إن شاء الله أنت طالق وقعت واحدة في الحال، وينبغي أن يكون المفتى به قول زفر لأن إن شاء الله صالح لتعليق الطلاق الأول اتفاقا، ولتعليق الأخير أيضا، وإن لم تكن الفاء فيه لما تقدم أن عند أبي يوسف إذا قدم الشرط، وأخر الجزاء، ولم يأت بالفاء لا يقع شيء، وعليه الفتوى.
وأشار بقوله إن شاء الله إلى أنه لو قال أنت طالق إن لم يشأ الله لا يقع شيء فأفاد أنه لو قال أنت طالق واحدة إن شاء الله، وأنت طالق ثنتين إن لم يشأ الله لا يقع شيء أما في الأول فللاستثناء، وأما في الثاني فلأنا لو أوقعناه علمنا أن الله تعالى شاء لأن الوقوع دليل

ـــــــQ (قوله فقد ظهر بهذا أن أبا يوسف قائل بأنها يمين إلخ) قال في النهر أقول: أنت خبير بأن مقتضى الإبطال المقابل للتعليق عدم الوقوع فيما إذا قدم المشيئة فقوله في الفتح إلا أنه عزى إليه الإبطال أي المومي إليه بعدم الوقوع لا خصوص هذا اللفظ كما توهمه في البحر فجزم بأنه سهو، ولا يصح أن يخرج هذا على القول بالتعليق إذ لا يعرف ثبوته مع عدم الرابط فتعين أن يخرج على الإبطال فعليك أبدا بالتدبر في كلام هذا الإمام مخافة أن تزل بك الأقدام، وما في البزازية من أن الفتوى على قول الثاني من الحنث فيما إذا حلف لا يحلف مخرج على التعليق، وقد علمت أن بعض مشايخنا نسبه إليه، وما فيها أيضا أنت طالق إن شاء الله أنت طالق فالاستثناء ينصرف إلى الأول، ويقع الثاني، وقال زفر لا يقع شيء، وكذا أنت طالق ثلاثا إن شاء الله أنت طالق وقعت واحدة في الحال مبني على كل من القولين أعني التعليق والإبطال، وهذا لأن الجملة الثانية منقطعة عن الأولى، وتوهم في البحر بناء على ما سبق له من أنه يصح أن يوجد التعليق مع عدم الرابط، ولا يقع فقال ينبغي أن تكون الفتوى على قول زفر – رحمه الله تعالى – لما مر من عدم الوقوع في إن شاء الله أنت طالق، وأنت قد علمت ما هو الواقع.
(قوله ولكن فيه **إشكال** إلخ) قال الرملي **جوابه** أن المقصود منه إعدام الحكم لا التعليق، وفي الإعدام لا يحتاج إلى حرف الجزاء بخلاف قوله إن دخلت الدار فأنت طالق لأن المقصود منه التعليق فلذلك افترقا، وقد فرق بذلك في الولوالجية في الفصل الثلاثين في الاستثناء فراجعه إن شئت، وما تقدم عن قاضي خان من قوله لكونه إبطالا صريح في الفرق أيضا. اهـ.
وعلى هذا فالإبطال مرادف للتعبير بالتعليق لأن المراد بالتعليق بالمشيئة إبطال الإيجاب السابق لكونه تعليقا على غير معلوم

الثبوت، وبه يصح ما قاله في الفتح من نسبة الإبطال إلى ما في الخانية عن أبي يوسف (قوله وينبغي أن يكون المفتى به قول زفر إلخ) قال الرملي هذا من كلامه لا من كلام البزازي، ولا دلالة له فيما استدل لأنه فيما لو اقتصر على جزاء واحد كقوله إن شاء الله تعالى أنت طالق، ولا كذلك هنا، ويظهر الفرق للمتأمل ثم رأيت صاحب النهر أتى بمثل ما ذكرته فلله تعالى الحمد والمنة." (١)

"كذا في التحرير والبديع.

وعلى هذا الخلاف لو قالت طلقني، ولك ألف أو اخلعني، ولك ألف ففعل فعنده وقع، ولم يجب المال، وقالا يجب المال كذا في الكافي، وفي المحيط لو قالت طلقني، ولك ألف فقال طلقتك على الألف التي سميتها إن قبلت يقع الطلاق، ويجب المال، وإن لم تقبل لا يقع الطلاق، ولم يجب عنده لأنها التمست طلاقا بغير عوض لأن قولها، ولك ألف لم يكن تعويضا على الطلاق فقد أعرض الزوج عما التمست حيث أوقع طلاقا بعوض فإن قبلت وقع، وإلا بطل، وعندهما يقع، ويجب المال اهـ.

ثم اعلم أن الوقوع مجانا مع ذكر المال لا يختص بمسألة الكتاب بل يكون في مسائل أخرى منها لو قال أنت طالق على عبدي هذا فإذا هو حر فقبلت طلقت مجانا لعدم صحة التسمية، وأوجب عليها زفر قيمته قياسا على تسمية عبد الغير، وفرقنا بإمكان تسليمه بإجازة مالكه في المقيس عليه، وفي المقيس لا يتصور تسليمه، ومنها لو قالت طلقني واحدة بألف أو على ألف فطلقها ثلاثا، ولم يذكر الألف طلقت ثلاثا مجانا عنده للمخالفة، وعندهما طلقت ثلاثا، وعليها الألف بإزاء الواحدة لأنه مجيب بالواحدة مبتدئا بالباقي، وإن ذكر الألف لا يقع شيء عنده ما لم تقبل المرأة، وإذا قبلت الكل وقع الثلاث بالألف، وعندهما إن لم تقبل فهي طالق واحدة فقط، وإن قبلت طلقت ثلاثا واحدة بألف، وثنتان بغير شيء كذا في الكافي.

(قوله وصح خيار الشرط لها لا له) لما قدمنا أنه معاوضة من جهتها، ويمين من جهته، ولذا صح رجوعها قبل القبول، ولا تصح إضافتها، وتعليقها بالشرط، ولا يتوقف على ما وراء المجلس، وانعكست الأحكام من جانبه، وهما منعاه من جانبها أيضا نظرا إلى جانب اليمين، والحق ما قاله الإمام – رضي الله تعالى عنه – أطلقه فشمل الخلع والطلاق على مال، ويتفرع على هذا الأصل مسائل منها ما لو قال أنت طالق على ألف على أني بالخيار ثلاثة أيام فقبلت بطل الخيار، ووقع الطلاق، ومنها ما لو قال أنت طالق على ألف على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت إن ردت الطلاق في الأيام الثلاثة بطل الطلاق، وإن اختارت الطلاق في الأيام الثلاثة وقع، ووجب الألف له، وعندهما الطلاق واقع في الوجهين، والمال لازم عليها، والخيار باطل في الوجهين كذا في الكافي، وغيره، وفي فتاوى قاضي خان من باب الإكراه لو قال لامرأته أنت طالق على ألف على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت يقع الطلاق، ولها الخيار في قول أبي حنيفة. اهـ.

وهو مشكل، والظاهر أنه سبق قلم فإن الطلاق لا يقع قبل إسقاط الخيار إما بالرضا أو بمضي المدة لا أنه وقع ثم يرتفع

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٤/٤٣

بالفسخ بالخيار، ولذا قال في البدائع إن أبا يوسف ومحمدا يقولان في مسألة الخيار إن الخيار إنما شرع للفسخ، والخلع لا يحتمل الفسخ، وجواب أبي حنيفة عن هذا أن محل الخيار في منع انعقاد العقد في حق الحكم على أصل أصحابنا فلم يكن العقد منعقدا في حق الحكم للحال بل موقوف إلى وقت سقوط الخيار فحينئذ يعمل على ما عرف في البيوع اهـ.

فإن قلت هل يصح اشتراط الخيار لها بعد الخلع قلت لم أره صريحا، ومقتضى جعله كالبيع أن يصح لأن شرط الخيار اللاحق بعد البيع كالمقارن مع أن فيه إشكالا لأن الطلاق وقع حيث كان بلا شرط فكيف يرتفع بعد وقوعه، وأطلق في المدة فشمل اشتراطه لها أكثر من ثلاثة عنده، والفرق للإمام بينه وبين البيع أن اشتراطه في البيع على خلاف القياس لأنه من التمليكات فيقتصر على مورد النص، وفي الخلع على وفقه لأنه من الإسقاطات، والمال وإن كان مقصودا فيه بالنظر إلى العاقد لكنه تابع في الثبوت في الطلاق الذي هو مقصود العقد كما أن الثمن تابع في البيع، وبالنظر إلى المقصود يلزم أن لا يتقدر بالثلاث كذا في الكشف من آخر بحث الهزل فعلى هذا إذا قدرا وقتا، ومضى بطل الخيار سواء كان ثلاثة أو أكثر، ووقع الطلاق، ولزم المال، وإذا أطلقا ينبغي أن يكون لها الخيار في مجلسها

ــــــــQ (قوله وإذا أطلقا ينبغي أن يكون لها الخيار إلخ) قال في النهر وعندي فيه نظر لاقتضائه أن يقبل النقض بعد التمام، والظاهر أنه لا يقبله بدليل أنه لا يجري التقايل فيه بخلاف البيع، وهذا كما سيأتي في البيع من أن ثبوته عند الإطلاق مقيد بما إذا قال له البائع ذلك بعد البيع أما عند العقد فيفسد البيع عند الإمام، والفرق بينهما سيأتي في البيع إن شاء الله تعالى." (١)

"لكان أولى؛ لأنه لو قال: أنت علي كفرج أبي أو قريبي كان مظاهرا؛ إذ فرجهما في الحرمة كفرج أمه كذا في المحيط وينبغي عدم التقييد بالأب والقريب؛ لأن فرج الرجل الأجنبي محرم على التأبيد أيضا وأشار بقوله بمحرمة إلى أن المشبه الرجل؛ لأنه لو كان امرأة بأن قالت: أنت علي كظهر أمي أو أنا عليك كظهر أمك فالصحيح كما في المحيط أنه ليس بشيء فلا حرمة ولا كفارة ومنهم من أوجب عليها الكفارة ثم اختلفوا هل هي كفارة يمين أو ظهار ورجح ابن الشحنة أنها كفارة يمين وذكر ابن وهبان تفريعا على القول بوجوب الكفارة أنها تجب بالحنث إن كانت كفارة يمين وإن كانت كفارة ظهار فإن كان تعليقا يجب متى تزوجت به وإن كانت في نكاحه تجب للحال ما لم يطلقها؛ لأنه لا يحل لها العزم على منعه من الجماع. اهـ. .

وفي الخانية، ولو شبهها بمزنية الأب أو الابن قال محمد لا يكون ظهارا، وقال أبو يوسف: يكون ظهارا وهو الصحيح، ولو شبهها بأم امرأة أو ابنة امرأة قد زنى بها يكون ظهارا. اهـ.

ولو قبل أجنبية بشهوة ثم شبه زوجته بابنتها لم يكن مظاهرا عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف كذا في الولوالجية فلذا زاد في النهاية لفظة اتفاقا في التعريف وتبعه الشارح وغيره وما في الدراية أنه لو شبهها بأم امرأة زنى بها أبوه أو ابنه كان مظاهرا مشكل؛ لأن غايته أن تكون كأم زوجة أبيه أو ابنه وهي حلال كذا في فتح القدير والظاهر أنه سبق قلم، وقد ظهر

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٩٢/٤

لي أنه لا حاجة إلى قيد الاتفاق، أما في تشبيهها بمزنية الأب أو الابن فقد علمت أنه يكون مظاهرا على الصحيح مع أنه لا اتفاق على تحريمها لمخالفة الشافعي، وأما في مسألة تشبيهها بابنة المقبلة بشهوة فلأن حرمة البنت عليه ليست مؤبدة لارتفاعها بقضاء الشافعي بحلها كما في المحيط فارقا بين التقبيل والوطء بأن حرمة الوطء منصوص عليها فلم ينفذ قضاء الشافعي بحل أصول المزنية وفروعها بخلاف التقبيل وعلى هذا لو شبهها بالملاعنة لا يكون مظاهرا؛ لأن حرمتها موقتة بتكذيبه نفسه.

ولو شبهها بالأخت من لبن الفحل لا يكون مظاهرا؛ لأن حرمتها مؤقتة بقضاء الشافعي بحلها فهي كالمقبلة وبهذا التقرير إن شاء الله تعالى استغنى عما في فتح القدير وأطلق في التشبيه فشمل المعلق ولو بمشيئتها كالطلاق والموقت كأنت علي كظهر أمي يوما أو شهرا فإن أراد قربانها في ذلك الوقت فإنه لا يجوز بغير كفارة ويرتفع الظهار بمضي الوقت كما في الخانية، ولو قال لها: أنت علي كظهر أمي كل يوم فهو ظهار واحد، ولو قال: في كل يوم، تجدد الظهار كل يوم، فإذا مضى يوم بطل ظهار ذلك اليوم وكان مظاهرا منها في اليوم الآخر وله أن يقربها ليلا، ولو قال لها: أنت علي كظهر أمي اليوم وكلما جاء يوم كان مظاهرا منها اليوم وإذا مضى بطل هذا الظهار وله أن يقربها في الليل، فإذا جاء غد كان مظاهرا ظهارا آخر دائما غير موقت، وكذا كلما جاء يوم صار مظاهرا ظهارا آخر مع بقاء الأول، وإذا قال: أنت علي كظهر أمي رمضان كله ورجب كله فكفر في رجب سقط ظهار رجب وظهار رمضان استحسانا والظهار واحد وإن كفر في شعبان لم يجز أنت علي كظهر أمي إلا يوم الجمعة ثم كفر إن كفر في يوم الاستثناء لم يجز وإلا يجوز أنت علي كظهر أمي إلى شهر لا يكون مظاهرا قبله

ــــــــQلا يخفى أنه سلم ما صححه في الخانية أشكل ما في البدائع وكان مقويا لما في المحيط وإلا يسلم لم يتوجه الإيراد على المصنف لكن الذي رأيته في نسخة الخانية التي عندي مخالف لما نقله في النهر نصه، ولو قال لامرأته أنت علي كالميتة والدم ولحم الخنزير اختلفت الروايات فيه والصحيح أنه إن لم ينو شيئا لا يكون إيلاء وإن نوى الطلاق يكون طلاقا وإن نوى الظهار لا يكون ظهارا اهـ. بحروفه.

وهكذا قال في الشرنبلالية قال في الخانية وإن نوى ظهارا لا يكون ظهارا وكذلك في التتارخانية نقل عبارة الخانية كما نقلناه فعلم أن النسخة التي نقل عنها في النهر سقط منها لفظة لا فأورد ما أورد لكن رأيت في الخانية أيضا ما نصه ولو شبهها بظهر امرأة لا تحل له في الجملة كالمجوسية والمرتدة ومنكوحة الغير لا يكون ظهارا، وكذا التشبيه بالرجل أي رجل كان اهـ. وكذلك صرح في التتارخانية عن التهذيب بأنه لو شبهها بالرجل لم يكن مظاهرا وبه تأيد ما في البدائع وبما علمت من النقل السابق اندفع الإشكال والله تعالى الموفق.

(قوله والظاهر أنه سبق قلم) الضمير يعود إلى ما في الدراية قال في النهر وكأنه؛ لأن المشكل يمكن الجواب عنه، وهذا لا يمكن الجواب عنه وعندي أن الضمير يرجع في شبهها إلى الزاني المستفاد من الزنا وعليه فلا إشكال إذ الخلاف المذكور إنما هو فيما إذا شبهها بالزاني وإكمال أدب الكمال دعاه إلى محض الإشكال والله تعالى الموفق.

(قوله: ولو شبهها بالأخت من لبن الفحل) قال في النهر كأن رضع على امرأة لها لبن من زوج له بنت من غير المرضعة فإن المرضع بعد بلوغه لو شبه زوجته بهذه البنت لا يكون مظاهرا قال في الفتح كأنهم اتفقوا على تسويغ الاجتهاد فيها." (١)

"كذا في التتارخانية وغيرها وفيها عن أبي يوسف أنت علي كظهر أمي إذا جاء غد كان باطلا، ولو قال: أنت علي كظهر أمي أمس كان باطلا اهـ.

والفرعان مشكلان؛ لأن الأول من قبيل إضافة الظهار أو تعليقه اهـ.

وهما صحيحان كما قدمناه وقد صرح بهما في البدائع والثاني ينبغي أن يكون كالطلاق إن كان نكحها قبل أمس كان مظاهرا الآن وإن كان نكحها اليوم كان لغوا.

والحاصل أن هنا أربعة أركان: المشبه والمشبه والمشبه به وأداة التشبيه.

أما الأول: وهو المشبه وهو بكسر الباء فهو الزوج البالغ العاقل المسلم وزاد في التتارخانية العالم ولا يخفى ما فيه.

وأما الثاني: وهو المشبه بفتح الباء المنكوحة أو عضو منها يعبر به عن كلها أو جزء شائع.

وأما الثالث: وهو المشبه به عضو ولا يحل النظر إليه من محرمة عليه تأبيدا، وأما الرابع وهو الدال عليه وهو ركنه وهو صريح وكناية فالصريح أنت علي كظهر أمي ومني وعندي ومعي كعلي ولم أر حكم ما إذا قال: أنت علي كظهر أمي بدون إضافة له وينبغي أن لا يكون مظاهرا لاحتمال أنه قصد أنها كظهر أمه على غيره وأنا منك مظاهر وظاهرت منك من الصريح، وفي التتارخانية وعن أبي يوسف لو قال: أنت مني مظاهرة أنه يكون باطلا وشرطه في المرأة كونها زوجة، ولو أمة فلا يصح من أمته ولا من مبانته ولا من أجنبية إلا إذا أضافه إلى التزوج كما سيأتي، وفي الرجل كونه من أهل الكفارة فلا يصح من ذمي وصبي ومجنون؛ لأن الكافر ليس من أهل الكفارة، وفي التتارخانية يلزم الذمي كفارة الظهار إذا ظاهر، وفي صحته عن أبي يوسف نظر إنما نقله المشايخ عن الشافعي.

والحاصل أنه تعالى قيد بقوله منكم في الآية الأولى وهو قوله تعالى ﴿الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وإن الله لعفو غفور﴾ [المجادلة: ٢] .

ولما شرع في بيان الكفارة لم يقيده بقوله منكم فقال ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة: ٣] لكن لما لم يكن أهلا للكفارة لم يصح ظهاره قال بعضهم: والعجب من الشافعي أنه قيد الرقبة بالإيمان ولم يجوز أن يملك الكافر المؤمن وصحح ظهاره فكان تناقضا ورده بعض الشافعية بأنا عينا لكفارته الإطعام ولا يلزم من صحة الظهار أن يكون المظاهر أهلا لكل الأنواع بدليل أن ظهار العبد صحيح عندنا مع أنه ليس أهلا لغير الصوم، ولو ظاهر المسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى بقي ظهاره عند أبي حنيفة حتى لو أسلم لا يحل القربان إلا بالكفارة وعندهما لا يبقى؛ لأن المرتد ليس أهلا لحكمه وهو الكفارة وله أن الحال حال بقاء حكمه وهو الحرمة لا حال الانعقاد والكفر ليس

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٠٣/٤

بمناف للحرمة وحكمه حرمة الوطء ودواعيه إلى غاية الكفارة.

(قوله حرم الوطء ودواعيه بأنت علي كظهر أمي حتى يكفر) أما حرمة الوطء فبالكتاب والسنة، وأما حرمة الدواعي فلدخولها تحت النص المفيد لحرمة الوطء وهو قوله تعالى ﴿من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة: ٣] ؛ لأنه لا موجب فيه للحمل على المجاز وهو الوطء لإمكان الحقيقة ويحرم الجماع؛ لأنه من أفراد التماس فيحرم الكل بالنص كذا في فتح القدير، وقد يقال إن الموجب للحمل على المجاز موجود وهو صدق التماس على المس بغير شهوة وليس بمحرم اتفاقا فالتحقيق خلاف ما زعم أنه التحقيق وهو أن الأصل أن الوطء إذا حرم حرم ما كان داعيا إليه؛ لأن طريق المحرم محرم وقد استمر هذا في الاستبراء والإحرام والاعتكاف وخرج في الصوم والحيض عن هذا الأصل لنص صريح وهو أنه «– عليه السلام – كان يقبل بعض نسائه وهو صائم وكان يقبلها وهي حائض» وحكمته لزوم الحرج لو حرمت الدواعي في الصوم والحيض لكثرة وقوعهما بخلاف غيرهما.

وعن محمد للمظاهر تقبيلها إذ قدم من سفره بغير شهوة للشفقة والدواعي المباشرة والتقبيل واللمس عن شهوة والنظر إلى فرجها بشهوة كما في البدائع

ـــــــQأما إن أريد من أرضعه نفس الفحل فلا **إشكال** لكنه بعيد اهـ. وسيذكره المؤلف.

(قوله والفرعان مشكلان إلخ) قال المقدسي في شرحه **والجواب** أما المسألة الأولى فالظاهر أنها رواية ضعيفة لمخالفتها المشهور في الكتب، وأما الثانية فالفرق الذي ذكره بين الطلاق والظهار من أنه يصح توقيته بخلاف الطلاق يدفع **الإشكال** فلا تتعدى الحرمة من أمس إلى اليوم وما بعده (قوله وينبغي أن لا يكون مظاهرا) قال في النهر فيه نظر بل ينبغي أن يكون مظاهرا فتدبره اهـ.

وقال الرملي لا يكون ظهارا ما لم ينو الظهار؛ لأن حذف الظرف عند العلم به جائز وإذا نواه صح تأمل.

(قوله فالتحقيق خلاف ما زعم أنه التحقيق) أجاب في النهر بأن المس بغير شهوة خارج بالإجماع، وكذا النظر إليها أو إلى نحو ظهرها بشهوة (قوله بغير شهوة للشفقة) قال في النهر تقييده بعدم الشهوة تحريف؛ لأن ذلك لا يخص المسافر." [١]

"علي – رضي الله عنه – بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض ونقله عن فتاوى قاضي خان وإنما هذا في عدة امرأة الفار وإنه لا دخل للحيض في عدة الحامل أصلا ولهذا قال في المحيط عن علي تعتد بأبعد الأجلين وهما الأشهر ووضع الحمل وهكذا في فتح القدير وإنما قالا بذلك لعدم علمهما بالتاريخ فكان ذلك أحوط وعامة الصحابة – رضي الله عنهم – لما علموا التاريخ قالوا بوضع الحمل لتأخر آيته قال القاضي في تفسيره وهو حكم يعم المطلقات والمتوفى عنهن أزواجهن والمحافظة على عمومه أولى من المحافظة على عموم قوله تعالى ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا﴾ [البقرة: ٢٣٤] ؛ لأن عموم ﴿وأولات الأحمال﴾ [الطلاق: ٤] بالذات وعموم أزواجا بالعرض والحكم يتعلل هاهنا بخلافه ثم ولأنه صح أن «سبيعة بنت الحارث وضعت بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال قد حللت

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٤/١٠٤

فتزوجي» ولأنه متأخر النزول فتقديمه تخصيص وتقديم الآخر بناء العام على الخاص والأول أرجح للوفاق عليه اهـ.
وفي الدر المنثور عن ابن مسعود – رضي الله عنه – مرفوعا «نسخت سورة النساء القصرى كل عدة ﴿وأولات الأحمال﴾ [الطلاق: ٤] أجل كل حامل مطلقة أو متوفى عنها زوجها أن تضع حملها» وأخرج عن أبي سعيد الخدري – رضي الله عنه – أنها نزلت بعد سبع سنين ونقل عن أبي بن كعب وأبي سعيد الخدري – رضي الله عنه – وعمر وابنه وأبي هريرة وعائشة والمسور بن مخرمة – رضي الله عنهم – كقول ابن مسعود ومعنى قول القاضي إن عموم أولات بالذات أن الموصول من صيغ العموم ومعنى قوله إن

ــــــــــ (قوله وإنما قالا بذلك) أي: علي وابن عباس كما تقدم نقله عنهما.
(قوله فتقديمه في العمل تخصيص) أي: تقديم قوله ﴿وأولات الأحمال﴾ [الطلاق: ٤] على قوله تعالى ﴿والذين يتوفون منكم﴾ [البقرة: ٢٣٤] وترجيح العمل به للمحافظة على عمومه، وترك العمل بهذه في حق ما تناولاه يكون بناء للعام على الخاص، ولو قدمنا هذه الآية في العمل والمحافظة على عمومها فهو تخصيص لعموم الآية الأخرى؛ لأن هذه الآية خاصة من وجه كما أن تلك خاصة من آخر فالعمل بهذه المتأخرة في مقدار ما تناولاه أعني الحامل المتوفى عنها زوجها يكون تخصيصا لها بما وراء الحامل المتوفى عنها زوجها والخاص المتأخر يخصص العام المتقدم، وهذا على مذهب المصنف في جواز تراخي المخصص وعند الحنفية هو يكون نسخا لا تخصيصا ولا من حمل العام على الخاص الغير المتصل وتفصيل المسألة في مفصلات الأصول فقوله للوفاق عليه فيه نظر يندفع بالتأمل فيه؛ لأن مراده الاتفاق على العمل بالمتأخر سواء قلنا هو مخصص أو ناسخ ولا حاجة إلى التجوز في التخصيص كما قيل، ويؤيده كما في شرح التحرير ما في البخاري عن ابن الزبير أنه قال لعثمان – رضي الله تعالى عنهما – ﴿والذين يتوفون﴾ [البقرة: ٢٣٤] إلخ نسختها الآية الأخرى أفنكتبها أو ندعها قال يا ابن أخي لا أغير شيئا منه عن مكانه وفيه تسليم عثمان للنسخ، وتقدم الناسخ على المنسوخ في ترتيب الآي من النوادر فتدبر.
وقوله بناء العام على الخاص يعني لو قدمت هذه بأن عمل بها كان فيها تخصيص لقوله ﴿أزواجا﴾ [البقرة: ٢٣٤] في تلك بغير الحاملات وتقديم تلك في العمل بها يلزمه بناء العام وهو قوله ﴿وأولات الأحمال﴾ [الطلاق: ٤] الشامل للمطلقات والمتوفى عنها على الخاص وهو المتوفى عنها والمراد بالبناء كما قاله بعض الفضلاء هنا أن يراد بالعام الخاص من غير مخصص له إذ المتقدم لا يصح أن يكون مخصصا للمتأخر والبناء بهذا المعنى لم نره لغيره فهو يحتاج للتحرير كذا في حاشية الخفاجي على البيضاوي.
(قوله ومعنى قول القاضي إلخ) قال في النهر قال في الحواشي السعدية وكان عموم الأول ذاتيا؛ لأن الجمع المعرف من صيغ العموم والثاني عرضا لكونه واقعا في حيز صلة العام وإلا فالجمع المنكر لا عموم له في المختار وأقول: صدر القاضي بأن المبتدأ محذوف والتقدير وأزواج الذين يتوفون منكم، ولا خفاء أن الجمع المعرف بالإضافة عام إلا أن يدعى أن عمومه عرضي أيضا بالإضافة لكن بقي أن يقال المحكوم عليه إنما هو ذوات ودعوى أن العموم إنما هو من الجمع المعرف ممنوعة بل من إضافة أولات إليه وعليه فيستوي مع آية الوفاة بالتقدير المتقدم.

وهذا الإشكال لم أر من عرج عليه وهو قوي يحتاج إلى الجواب والحق أن مشي كلام القاضي هنا عن أن الذين مبتدأ والخبر إما يتربصن أو محذوف أي: فيما يتلى عليكم حكم الذين فتدبره والحكم معلل بكون المعتدة ذات حمل فبراءة الرحم من حق الغير يصلح أن يكون مبيحا للتزوج بآخر ويتعقل ذلك بخلاف الآية الأخرى حيث لا يعقل تأثير كون المرأة متوفى عنها زوجها في تربصها أربعة أشهر وعشرا وإنما هو تعبدي وللمعلل قوة على غيره لكن قدمنا على القاضي ما يفيد أنه غير معقول المعنى أيضا إلا أن يدعى أنه حكمة لا علة، وإذا عرف هذا فما في البحر من أن معنى كون عموم أولات بالذوات وأزواج بالعرض؛ لأن الموصول من صيغ العموم وعموم أزواجا بدلي سهو لما اشتهر من أن أولات ليس موصولا بل اسم جمع ملحق بجمع المؤنث السالم." (١)

"لما كان من آثار الحمل ذكره عقيب العدة (قوله ومن قال إن نكحتها فهي طالق فولدت لستة أشهر منذ نكحها لزمه نسبه ومهرها) أما النسب فلأنها فراشه؛ لأنها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لأقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت بأن تزوجها وهو مخالطها فوافق الإنزال النكاح والنسب مما يحتاط في إثباته والتزوج في هذه الحالة إما بتكلمهما وسماع الشهود أو بأنهما وكلا في التزويج فزوجهما الوكيل وهما في هذه الحالة والثاني أحسن كما لا يخفى ولقائل أن يقول إن الحمل على ما إذا تزوجها وهو مخالط لها حمل المسلم على الحرام وهو لا يجوز ولذا فر بعض المشايخ عن إثبات هذا التصور، وقال لا حاجة إلى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف ولا يعتبر إمكان الدخول؛ لأن النكاح قائم مقامه كما في تزوج المشرقي بمغربية بينهما مسيرة سنة فجاءت بولد لستة أشهر من يوم تزوجها لكن في فتح القدير والحق أن التصور شرط ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه والتصوير ثابت في المغربية لثبوت كرامات الأولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جني اهـ.

ولم يجب عما ذكرناه قيد بأن تلده لستة أشهر من غير زيادة ولا نقصان؛ لأنها لو ولدته لأقل منها لم يثبت نسبه؛ لأن العلوق حينئذ من زوج قبل النكاح، ولو ولدته لأكثر منها لم يثبت أيضا لاحتمال حدوثه بعد الطلاق وقد حكمنا به حيث حكمنا بعدم وجوب العدة لكونه قبل الدخول والخلوة ولم يتبين بطلان هذا الحكم وتعقبه في فتح القدير بأن نفيهم النسب هنا في مدة يتصور أن يكون منه وهو سنتان ينافي الاحتياط في إثباته والاحتمال المذكور في غاية البعد فإن العادة المستمرة كون الحمل أكثر من ستة أشهر وربما يمضي دهور لم تسمع فيها الولادة لستة أشهر فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال فأي احتياط في إثبات النسب إذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضي نفيه وتركنا ظاهرا يقتضي ثبوته وليت شعري أي الاحتمالين أبعد الاحتمال الذي فرضوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوجها وهو يطؤها وسمع كلامهما الناس وهما على تلك الحالة ثم وافق الإنزال العقد أو احتمال كون الحمل إذا زاد على ستة أشهر بيوم يكون من غيره اهـ.

وأما المهر فلأنه لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتأكد المهر به وقال أبو يوسف في الإملاء القياس أنه يجب مهر ونصف بالوطء بعد وقوع الطلاق وقبله والجواب أنا إذا قدرنا أنه تزوجها حالة المواقعة لم تكن المواقعة بعد الطلاق فلا يلزمه إلا مهر واحد ذكره ابن بندار في شرح الجامع الصغير وبه اندفع ما قيل لا يلزم من ثبوت النسب منه وطؤه؛ لأن الحمل قد

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٤/١٤٦

يكون بإدخال الماء الفرج بدون جماع مع أنه نادر والوجه الظاهر هو المعتاد، وفي فتح القدير واعلم أنه إذا كان الأصح في ثبوت هذا النسب إمكان الدخول وتصوره ليس إلا بما ذكر من تزويجها حال وطئها المبتدأ به قبل التزوج وقد حكم فيه بمهر واحد في صريح الرواية يلزم كون ما ذكر مطلقا ومنسوبا وقدمناه في باب المهر من أنه لو تزوجها في حال ما يطؤها كان عليه مهران

ـــــــQ (قوله وقال أبو يوسف في الإملاء إلخ) قال في الفتح وعبارة أبي يوسف في الأمالي على ما نقله الفقيه أبو الليث ينبغي في القياس أن يجب على الزوج مهر ونصف؛ لأنه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول، قال: إلا أن أبا حنيفة استحسن وقال لا يجب إلا مهر واحد؛ لأنا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتأكد ذلك الصداق واشتبه وجوب الزيادة اهـ.

وهذه العبارة للمتأمل لا توجب قوله بلزوم مهر ونصف بل ظاهرة في نفيه ذلك؛ لأن الاستحسان مقدم على القياس فلا يسوغ الرواية عنه بذلك اهـ.

(قوله مع أنه نادر والوجه الظاهر هو المعتاد) قال المقدسي في شرحه: أقول: ليس هو بأندر من تزوج المغربي المشرقية وإلحاق نسبها به فيحمل عليه وينجو به من حمل المسلم على الفساد وهو المواقعة والعقد معها.

(قوله واعلم أنه إذا كان الأصح) رد على الزيلعي حيث قال وكان ينبغي أن يجب عليه مهران مهر بالوطء ومهر بالنكاح كما إذا تزوج امرأة في حال ما يطؤها كان عليه مهران إلخ.

(قوله يلزم كون ما ذكر مطلقا ومنسوبا) كون بالرفع فاعل يلزم مضاف إلى اسمه وهو ما الموصولة، وقوله مطلقا ومنسوبا حالان من ما والمراد ذكر تارة غير معزو لأحد وتارة ذكر معزوا وقوله وقدمناه الضمير عائد على ما والواو للحال والجملة حالية معترضة بين اسم الكون وبين خبره وهو قوله مشكلا وقوله لمخالفته تعليل للزوم إشكال المذكور هذا وأجاب بعض الفضلاء عن الإشكال فقال الصواب في تصوير المسألة أن يقال أنه قال أولا: تزوجتك ثم أولج وأمنى، وقالت: قبلت في وقت واحد فكان الوطء حاصلا." (١)

"الإقرار؛ لأنه ظهر كذبها بيقين فيبطل الإقرار، ولو جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت الإقرار لم يثبت؛ لأنا لم نعلم بطلان الإقرار لاحتمال الحدوث بعده وهو المراد بقوله وإلا لا وذكر في التبيين أن هذا إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الفراق بالموت أو بالطلاق وإن جاءت به لأكثر منهما لا يثبت وإن كان لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار كما إذا أقرت بعدما مضى من عدتها سنتان إلا شهرين فجاءت بولد بعد ثلاثة أشهر من وقت الإقرار لم يثبت نسبه منه؛ لأن شرط ثبوته أن يكون لأقل من سنتين من وقت الفراق بالموت أو بالطلاق وبعده لا يثبت وإن لم تقر بالانقضاء فمع الإقرار أولى إلا إذا كان الطلاق رجعيا فحينئذ يثبت ويكون مراجعا على ما بينا من قبل.

بقي فيه إشكال وهو ما إذا أقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ولأقل من سنتين من وقت الفراق ينبغي أن لا يثبت نسبه إذا كانت المدة تحتمل ذلك بأن أقرت بعد ما مضى سنة مثلا ثم جاءت بولد لأقل

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٦٩/٤

من ستة أشهر من وقت الإقرار؛ لأنه يحتمل أن عدتها انقضت في شهرين أو ثلاثة أشهر ثم أقرت بعد ذلك بزمان طويل ولا يلزم من إقرارها بانقضاء العدة أن تنقضي في ذلك الوقت فلم يظهر كذبها بيقين إلا إذا قالت انقضت عدتي الساعة ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من ذلك الوقت اهـ.

وهذا **الإشكال** ظاهر ويجب أن يكون كلامهم محمولا على ما إذا أقرت بالانقضاء الساعة كما يفهم من غاية البيان أطلق المعتدة فشمل المعتدة عن طلاق بنوعيه وعن وفاة كما في الهداية لكن في الخانية والآيسة تعتد بالأشهر، فإذا ولدت ثبت نسب ولدها في الطلاق إلى سنتين أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر اهـ. وقدمناه عن البدائع فارجع إليه.

(قوله والمعتدة إن جحدت ولادتها بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو حبل ظاهر أو إقرار به أو تصديق الورثة) أي: ويثبت نسب ولد المعتدة إن جحدت ولادتها بأحد أمور أربعة فلا يثبت بشهادة امرأة واحدة عند أبي حنيفة خلافا لهما؛ لأن الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة إلى تعيين الولد فيه فيتعين بشهادتها وله أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة وإنما اكتفي بظهور الحبل أو الاعتراف به؛ لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها وإنما اكتفي بتصديق الورثة إذا كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد أحد عليها في قولهم جميعا؛ لأن الإرث خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم.

وأما في النسب فظاهر المختصر أنه يثبت في حق غيرهم أيضا؛ لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم ولذا كان الأصح أنه لا يشترط في تصديقهم لفظ الشهادة في مجلس الحكم ولذا عبر في المختصر بلفظ التصديق دون الشهادة؛ لأن ما ثبت تبعا لا تراعى فيه الشرائط وقيل يشترط ليتعدى إلى غير المصدق وقيد بأن يكون المصدق جمعا من الورثة؛ لأن المصدق لو كان رجلا أو امرأة لم يشارك جميع الورثة ولو صدقها رجل وامرأتان منهم شارك المصدقين والمكذبين فكان ذلك كشهادة غيرهم إلا أنهم لم يعتبروا لفظ الشهادة والخصومة بين يدي القاضي؛ لأنه يشبه الإقرار؛ لأنه يشاركهم بإقرارهم فمن حيث إنه يشبه الشهادة اعتبر العدد ومن حيث إنه يشبه الإقرار ما اعتبرنا الخصومة وإتيان لفظ الشهادة توفيرا على الشبهين حظهما كذا في شرح الجامع الصغير لابن بندار وحاصله أنه يشترط أحد شرطي الشهادة في تصديقهم وهو العدد نظرا إلى أنه شهادة ولم يشترط لفظ الشهادة وينبغي أن لا تشترط العدالة أيضا وعلى هذا لو قال المصنف وتصديق ورثة بالتنكير لكان أولى؛ لأن الألف واللام أبطلت معنى الجمعية كما في قوله لا أشتري العبيد ولا أتزوج

ــــــQ (قوله وينبغي أن لا تشترط العدالة أيضا) قال الشيخ علاء الدين في الدر المختار ونقل المصنف عن الزيلعي ما يفيد اشتراط العدالة ثم قال فقول شيخنا يعني صاحب البحر وينبغي أن لا تشترط العدالة مما لا ينبغي.

قلت وفيه أنه كيف يشترط العدالة في المقر اللهم إلا أن يقال لأجل السراية فتأمل وراجع. اهـ.

كلام الدر أي: لأجل سراية ثبوت النسب إلى غير المقر، وهذا **الجواب** ظاهر لا يحتاج إلى التأمل والمراجعة قاله بعض الفضلاء." (١)

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٤/١٧٤

"والسعر غال، ثم رخص تسقط الزيادة، وهذا يدل على أنه لا يبطل القضاء وتبطل الزيادة اهـ.
يعني لا يبطل أصل التقدير بزيادة السعر أو نقصانه حتى لو مضت مدة لا تسقط النفقة إذ لو بطل أصله لسقطت بمضي الزمان وسيأتي في مسائل الصلح عن النفقة قريبا إن شاء الله تعالى.

(قوله ولا تجب نفقة مضت إلا بالقضاء أو الرضا) ؛ لأن النفقة صلة وليست بعوض عندنا فلم يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك فيها إلا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء؛ لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر؛ لأنه عوض البضع والمراد بعدم وجوبها عدم كونها دينا عليه فلا تكون دينا عليه يطالب به ويحبس عليه إلا بإحدى هذين الشيئين فحينئذ تصير دينا عليه فتأخذه منه جبرا سواء كان غائبا أو حاضرا سواء أكلت من مال نفسها أو استدانت وأطلق المصنف فشمل المدة القليلة لكن ذكر في الغاية أن نفقة ما دون الشهر لا تسقط وعزاه إلى الذخيرة فكأنه جعل القليل مما لا يمكن التحرز عنه إذ لو سقطت بمضي اليسير من المدة لما تمكنت من الأخذ أصلا اهـ.
والمراد بالرضا اصطلاحهما على قدر معين للنفقة إما أصنافا أو دراهم؛ ولذا عبر الحدادي بالفرض والتقدير فإذا فرض لها الزوج شيئا معينا كل يوم، ثم مضت مدة فإنها لا تسقط فهذا هو المراد بقولهم أو الرضا، وأما ما توهمه بعض حنفية العصر من أن المراد بالرضا أنه إذا مضت مدة بغير فرض ولا رضا، ثم رضي الزوج بشيء فإنه يلزمه فخطأ ظاهر لا يفهمه من له أدنى تأمل، وأما ما سيأتي من مسائل الصلح بلا قضاء ولا رضا فالمراد أنهما اصطلحا على شيء، ثم مضت مدة بعده كما لا يخفى وظاهر المتون والشروح أن المرأة ترجع بالنفقة المقبوضة سواء شرط الرجوع لها أو لا ويشكل عليه ما في الخانية والظهيرية القاضي إذا فرض للمرأة النفقة فقال الزوج استقرضي كل شهر كذا وأنفقي على نفسك ففعلت ليس لها أن ترجع على الزوج إلا أن يقول وترجعين بذلك علي اهـ.
ولم أر جوابا عنها ولعل المراد أنها لا ترجع بما استقرضت وإنما ترجع بما فرض لها؛ لأن المأمور باستقراضه قد يكون أزيد أو من خلاف الجنس وإن لم يؤول بذلك فهو غلط محض كما لا يخفى وفي الظهيرية إذا قال الرجل لآخر استدن علي لامرأتي وأنفق عليها كل شهر عشرة دراهم، وقال أنفقت، وقالت المرأة صدق لم يصدق على ذلك إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة فحينئذ يصدق؛ لأنها أخذت بإذن القاضي كذا هذا في الأولاد الصغار اهـ.
وأشار المصنف إلى أن الإبراء عن النفقة قبل القضاء والصلح باطل لما في الواقعات وغيرها المرأة إذا أبرأت الزوج عن النفقة بأن قالت أنت بريء من نفقتي أبدا ما كنت امرأتك فإن لم يفرض القاضي لها النفقة فالبراءة باطلة؛ لأنها أبرأته قبل الوجوب وإن كان فرض لها القاضي النفقة كل شهر عشرة دراهم صح الإبراء عن نفقة الشهر الأول ولم يصح عن نفقة ما سوى ذلك

ـــــــQ (قوله: فهذا هو المراد بقولهم أو الرضا) أيده في النهر بما يأتي عن الذخيرة اختلفا فيما مضى من المدة من وقت القضاء أو من وقت الصلح فالقول للزوج والبينة لها قال ومقتضى ما في البحر الصلح بناء على ما ادعاه من خطأ ذلك الفهم غير صحيح وكان وجهه أنه صلح عما لم يجب في الذمة واعلم أنه يبنى على كونها لا تثبت دينا في الذمة إلا بما ذكر أن الإبراء عنها قبل ذلك غير صحيح لما أنه إبراء قبل الوجوب.

(قوله: ثم مضت مدة بعده) أي وليس المراد أن الصلح وقع بعد مضي المدة. (قوله: ولعل المراد أنها لا ترجع بما استقرضت إلخ) قال المقدسي أقول: الأحسن أن يوجه بأن التوكيل في القرض غير صحيح فاستقرضت على نفسها فلزمها وإن قال على أن ترجعي علي كان هذا منه كاصطلاح على هذا المقدار فترجع عليه به اهـ.

قلت وفيه غفلة عن كون موضع المسألة بعد فرض القاضي، وقد مر أنها ترجع بعده سواء أكلت من مال نفسها أو استدانت فإذا لم يصح الاستقراض ما الداعي إلى عدم الرجوع بالمفروض فالإشكال بحاله وأجاب الرملي عن الإشكال بأن الزوج لما قال لها استقرضي وأنفقي على نفسك كانت مستقرضة على نفسها لعدم صحة التوكيل بالاستقراض وقصدها امتثال كلامه وكلامه موجب للزوم الدين عليها لا عليه وأمرها بأن تنفق ما استدانته على نفسها لا عليه فيحتمل التبرع وغيره، والتبرع أدنى الحالتين فيحمل عليه فكأنه أمرها بالإنفاق على نفسها من مالها متبرعة فامتثلت أمره فكان إسقاطا للفرض في مدة الاستدانة، والنفقة مما استدانته بخلاف ما إذا لم يقل لها ذلك لعدم العلة المذكورة فبقي فرض القاضي وهو موجب للرجوع عليه.

والحاصل أن قوله استقرضي وأنفقي وإجابتها له إضراب عن الفرض منها وانظر إلى قوله إلا أن يقول وترجعين بذلك علي؛ لأنه ينفي التبرع المستفاد من ذلك، وإذا لم يوجد ذلك بقي الفرض لعدم ما يستفاد منه التبرع فتأمله اهـ.." (١)

"الموت والطلاق لما ذكرنا، وكذا في الخانية، ولو عجل لها، ثم طلقها لم يكن له أن يسترد وفي فتح القدير والموت والطلاق قبل الدخول سواء وفي نفقة المطلقة إذا مات زوجها اختلفوا قيل ترد، وقيل لا تسترد بالاتفاق؛ لأن العدة قائمة في موته، كذا في الأقضية فعلى هذا لا ينبغي أن يقيد كلام المصنف بموت أحدهما كما فعله الزيلعي، بل تجعل مستقلة ووجهه أنها صلة لزوجته ولا رجوع فيما يهبه لزوجته والعبرة لوقت الهبة لا لوقت الرجوع فالزوجية من الموانع من الرجوع كالموت ودفع الأب كدفع ابنه فلا إشكال

(قوله ويباع القن في نفقة زوجته) يعني إذا كان تزوجه بإذن المولى؛ لأنه دين وجب في ذمته لوجود سببه، وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر ومراده عند عدم الفداء فإن للمولى أن يفديه؛ لأن حقها في النفقة لا في عين الرقبة فلو مات العبد سقطت، وكذا إذا قتل في الصحيح؛ لأنه صلة، وكذا المهر ولم أرهم صرحوا هنا بأن المرأة إذا اختارت استسعاءه في النفقة دون بيعه أن لها ذلك أم لا لكن صرحوا في المأذون له للتجارة إذا لحقه دين واختار الغرماء استسعاءه دون بيعه أن لهم ذلك ذكره الزيلعي في المأذون فينبغي أن يكون هنا كذلك وينبغي أن المرأة إذا اختارت استسعاءه لنفقتها كل يوم أن يكون لها ذلك أيضا قيدنا بإذن المولى؛ لأنه لو تزوج بغير إذن المولى لا يباع في النفقة لعدم وجوبها لعدم صحة النكاح؛ ولذا لم يقيد المصنف بالإذن؛ لأن عند عدمه لم تكن زوجة لتجب لها النفقة.

وكذا المهر لا يباع فيه، ولو دخل بها لعدم ظهوره في حق المولى وإنما يطالب به بعد عتقه وقيد بالقن وهو العبد الذي لا حرية فيه بوجه عند الفقهاء وفي اللغة العبد إذا ملك هو وأبواه يستوي فيه الاثنان والجمع المذكر والمؤنث كما في شرح

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢٠٣/٤

النقاية؛ لأن المكاتب والمدبر وأم الولد لا يباعون فيها لعدم جواز البيع وإنما عليهم السعاية إلا إذا عجز المكاتب فإنه يباع لزوال المانع وقيد نفقة زوجته؛ لأن نفقة أولاده لا تجب عليه سواء كانت الزوجة حرة أو أمة أما إذا كانت حرة فلأن الأولاد أحرار تبعا لها والحر لا يستوجب النفقة على العبد إلا الزوجة وإن كانت المرأة أمة فنفقة الأولاد على مولى الأمة وإن كانت نفقة الأم على العبد؛ لأن الأولاد تبع للأم في الملك فتكون نفقة الأولاد على المالك لا على الزوج، كذا في الولوالجية زاد في الكافي للحاكم وشرحه للسرخسي وشرح الطحاوي والشامل، وكذلك المكاتب لا تجب نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة أو قنة لهذا المعنى، وإذا كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد فنفقة الولد على الأم؛ لأن الولد تابع للأم في كتابتها ولهذا كان كسب الولد لها وأرش الجناية عليه لها وميراثه لها فكذلك النفقة تكون عليها بخلاف ما إذا وطئ المكاتب أمته فولدت حيث تجب نفقة الولد على المكاتب؛ لأنه داخل في كتابته ولهذا يكون كسبه له، وكذا أرش الجناية عليه له؛ ولأنه جزؤه فإذا اتبعه في العقد كانت نفقته عليه كنفقة نفسه اهـ.

ولم أر متى يباع القن في النفقة فإن القاضي إذا قرر لها نفقة كل شهر كذا وطالبت بالنفقة هل يباع لأجل النفقة اليسيرة أو تصير المرأة حتى يجتمع لها من النفقة قدر قيمته إن قلنا بالأول ففيه إضرار بالمولى ويقتضي أن يباع في نفقة يوم إذا طلبتها ولم يفده السيد وإن قلنا بالثاني ففيه إضرار بها خصوصا إذا كانت فقيرة وذكر في الذخيرة ما يدل على المراد ولفظها فإذا اجتمع عليه من النفقة ما يعجز عن الأداء يباع فيه إلا أن يفديه المولى اهـ.

وإذا فرض القاضي لها نفقة شهر مثلا فطالبته وعجز عن أدائه باعه القاضي إن لم يفده والله الموفق للصواب وأطلق في بيعه لها فشمل سيده المزوج له وغيره فإذا بيع فيها فاشتراه من علم به أو لم يعلم، ثم علم فرضي ظهر السبب في حقه أيضا فإذا اجتمعت عليه النفقة مرة أخرى يباع ثانيا، وكذا حاله عند المشتري الثالث وهلم

ـــــــــــــــ (قوله: وفي نفقة المطلقة إلخ) قال الرملي استفيد منه ومما في الذخيرة من قوله لو عجل الزوج لها نفقة مدة، ثم مات أحدهما قبل مضي المدة لم يرجع عليها ولا في تركتها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد يرفع عنها بحصته ما مضى ويجب رد الباقي إن كان قائما وقيمته إن كان مستهلكا إلخ **جواب** حادثة الفتوى طلقها بائنا وعجل لها نفقة تسعة أشهر فأسقطت سقطا بعد عشرة أيام فانقضت بذلك عدتها هل يرجع عليها بما زاد على حصة العشرة أم لا **الجواب** لا عندهما لا عند محمد وهو القياس اهـ. ملخصا

(قوله: فينبغي أن يكون هنا كذلك) أقره عليه المقدسي وصاحب النهر. (قوله: لعدم صحة النكاح) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ وإلا فهو صحيح يتوقف نفاذه على إذن المولى. (قوله: وأم الولد) مثله في النهر والصواب وولد أم الولد." (١)

"هنا أيضا قال فإن أبى الابن أن يقرضها النفقة فرض لها عليه النفقة وتؤخذ منه وتدفع إليها؛ لأن الزوج المعسر بمنزلة الميت وأشار المصنف بقوله ولأبويه إلى أن الاعتبار في وجوب نفقة الوالدين والمولدين إنما هو القرب والجزئية ولا يعتبر الميراث، قالوا وإذا استويا في القرب تجب على من له نوع رجحان، وإذا لم يكن لأحدهما رجحان فحينئذ تجب النفقة بقدر

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢٠٨/٤

الميراث فإن كان للفقير ولد وابن ابن موسرين فالنفقة على الولد؛ لأنه أقرب.
وإذا كانت له بنت وابن ابن فالنفقة على البنت خاصة وإن كان الميراث بينهما؛ لأن البنت أقرب، وإذا كانت له بنت أو ابن بنت وأخ لأب وأم فالنفقة على ولد البنت ذكرا كان أو أنثى وإن كان الميراث للأخ لا لولد البنت، ولو كان له والد وولد موسران فالنفقة على ولده وإن استويا في القرب لترجح الولد بتأويل «أنت ومالك لأبيك» ، ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما على الجد السدس والباقي على ابن الابن والدليل على عدم اعتبار الميراث في هذه النفقة أنه لو كان أحدهما ذميا فالنفقة عليهما وإن كان الميراث للمسلم منهما، ولو كان للمسلم الفقير ابن نصراني وأخ مسلم فالنفقة – على الابن والميراث للأخ، ولو كان للفقير بنت ومولى عتاقة موسران فالنفقة على البنت وإن استويا في الميراث، كذا في الذخيرة وأطلق المصنف في الجد فشمل أب الأب وأب الأم جزم به في الذخيرة وغيرها، نقل الاختلاف في أب الأم وأطلق في الجدة فشمل الجدة من قبل الأب والجدة من قبل الأم وفي الولواجية الأب إذا أخذ النفقة والكسوة المفروضتين معجلة فضاع ذلك يفرض له أخرى فلو مضت المدة وهي باقية لا يفرض له أخرى بخلاف الزوجة فيهما، وقد ذكرنا الفرق فيها في أول باب النفقات.

(قوله ولا تجب مع اختلاف الدين إلا بالزوجية والولاد) أما الزوجية فلما

ـــــــه (قوله: إنما هو القرب والجزئية) وعليه فلو كان له ابن بنت أو بنت بنت وابن ابن ابن فالنفقة على ولد البنت وإن كان الميراث للابن الثاني وبه صرح، وقوله تجب على من له نوع رجحان أي كابن ابن وبنت بنت فهي على ابن الابن لرجحانه رملي أي لرجحانه بكونه هو الوارث لكن هذا الفرع يحتاج إلى نص عليه من كلامهم وإلا فهو مخالف لما يأتي قريبا من الفروع الدالة على عدم اعتبار الإرث أصلا في نفقة الأصول على الفروع، قال في أحكام الصغار إذا كان له بنت بنت وابن بنت موسران وأخ موسر فالنفقة على أولاد أولاده؛ لأن في باب النفقة يعتبر الأقرب فالأقرب ولا يعتبر الإرث في الأولاد. اهـ.
وقال بعده أيضا نفقته على أولاد البنات يستوي فيها الذكر والأنثى ولا عبرة للإرث في الأولاد وإنما يعتبر القرب حتى لو كان له بنت وابن ابن فالنفقة على البنت اهـ تأمل.
(قوله: ولا يعتبر الميراث) يخالفه ما سيأتي قبيل قوله وصح بيع عرض ابنه له أم وعم موسران النفقة عليهما أثلاثا له أم وأبوان فكذلك مع أن الأم أقرب من الجد، وكذا يخالفه قوله الآتي قريبا، ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما، وكذا ما نذكره قريبا.
(قوله: بقدر الميراث) يرد عليه الابن والبنت فإنه لا رجحان فيهما مع أن النفقة عليهما سوية (قوله فالنفقة على ولد البنت إلخ) أي لكونه جزءا وإن استويا في القرب كما في القهستاني، وهذا يفيد أن الرجحان في قوله وإن استويا في القرب يشمل الجزئية.
(قوله: فالنفقة عليهما إلخ) قال في البدائع؛ لأنهما استويا في القرابة والوراثة ولا ترجيح لأحدهما على الآخر من وجه آخر فكانت عليهما على قدر الميراث. اهـ.

ثم قال في البدائع أيضا، وكذلك إذا كان له أم وأخ لأب وأم أو لأب أو ابن أخ لأب وأم أو لأب أو عم لأب وأم أو لأب كانت النفقة عليهما أثلاثا ثلثها على الأم والثلثان على الأخ وابن الأخ والعم. اهـ.

أقول: وهذه الفروع كلها تشكل على اعتبارهم القرب والجزئية دون الميراث فإنهم قد اعتبروا فيها الميراث دون القرب والجزئية إذ مقتضى أصلهم المذكور وجوبها على الأم فقط إلا أن يكون هذا على الرواية الأخرى التي تعتبر الإرث كما عزاها القهستاني إلى الإمام حيث قال ويعتبر القرب والجزئية لا يعتبر الإرث كما هو رواية عنه. اهـ.

لكن رواية اعتبار القرب والجزئية عليها المتون كالوقاية والملتقى والتنوير، ثم ظهر لي **الجواب** عن هذه **الإشكالات** بتمامها وحررت المسألة بتحرير لم أسبق إليه في رسالة سميتها تحرير النقول في نفقة الفروع والأصول يلزم على كل فقيه طلبها فإنها أزاحت اللبس وأزالت كل حدس.

(قوله: والدليل على عدم اعتبار الميراث إلخ) قال في البدائع: ولو كان له بنت وأخت فالنفقة على البنت؛ لأن الولاد لها، وهذا يدل على أن النفقة لا تعتبر بالميراث؛ لأن الأخت ترث مع البنت ولا نفقة عليها مع البنت. اهـ.

وقد ذكر هذا الفرع في الذخيرة أيضا، ولكن المؤلف حذفه اختصارا. (قوله وأطلق الجد إلخ) قال في الذخيرة ويعتبر في حق الجد لاستحقاقه النفقة الفقر لا غير على ما هو ظاهر الرواية كما في حق الأب والجد من قبل الأم كالجد من قبل الأب ويعتبر في حق الجدات ما يعتبر في حق الأجداد أيضا. اهـ.." (١)

"الأم ويتفرع من هذه الجملة فرع أشكل **الجواب** فيه وهو ما إذا كانت له أم وعم وأب لأم موسرون فيحتمل أن تجب على الأم لا غير؛ لأن أبا الأم لما كان أولى من العم والأم أولى من أبي الأم كانت الأم أولى من العم لكن بترك **جواب** الكتاب ويحتمل أن يكون على الأم والعم أثلاثا اهـ.

وفي الخانية صغير مات أبوه وله أم وجد أب الأب كانت النفقة عليهما أثلاثا الثلث على الأم والثلثان على جد الأب اهـ.

وبه علم أن الجد ليس كالأب فيها.

(قوله وصح بيع عرض ابنه لا عقاره للنفقة) والقياس أن لا يجوز له بيع شيء وهو قولهما؛ لأنه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة، والمذكور في المختصر هو الاستحسان وهو قول الإمام – رحمه الله –؛ لأن للأب ولاية الحفظ في مال الغائب ألا ترى أن للوصي ذلك فللأب أولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار؛ لأنها مختصة بنفسها قيد بالأب؛ لأن الأم وسائر الأقارب ليس لهم بيع شيء اتفاقا؛ لأنهم لا ولاية لهم أصلا في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر، وإذا جاز بيع الأب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية، ثم له أن يأخذ منه نفقته؛ لأنه جنس حقه ومحل الخلاف في الابن الكبير أما الصغير فللأب بيع عرضه للنفقة إجماعا كما في شرح الطحاوي وله بيع عقاره، وكذا المجنون بخلاف غير الأب

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢٢٥/٤

ـــــــه (قوله: ويتفرع من هذه الجملة إلخ) قال الرملي أقول: وإذا اجتمع أجداد وجدات لزمت الأقرب، ولو لم يدل به الآخر لقربه وفي الفيض الكركي، وعند الاستواء في المحرمية يرجح من كان وارثا حقيقة في هذه الحالة حتى لو كان له عم وخال فالنفقة على العم فكذا لو كان له عم وعمة وخالة فالنفقة على العم، ولو كان العم معسرا فالنفقة على العمة والخالة أثلاثا على قدر ميراثهما ويجعل العم كالميت اهـ.

ويظهر من فروعهم أن الأقربية إنما تقدم إذا لم يكونوا وارثين كلهم فأما إذا كانوا كذلك فلا كالأم والعم أو الجد لقولهم بقدر الميراث والذي ينبغي التعويل عليه في الفرع المشكل أن تكون على الأم والعم أثلاثا؛ لأن كلا منهما وارث، وقد سقط أبو الأم بالأم فكان كالميت فتأمل يظهر لك الأمر أقول: وهذا مخالف لما قدمه المؤلف من قوله وأشار المصنف بقوله ولأبويه إلى أن الاعتبار في وجوب نفقة الوالدين والمولودين إنما هو القرب والجزئية ولا يعتبر الميراث إلى آخر ما ذكر هناك فراجعه وتأمل.

ثم قال الرملي، وقد سئلت عن يتيمة لها أم وخال وأولاد عم فأجبت بأن نفقتها على الأم خاصة لا على الخال ولا على أولاد العم أما الخال فإنه لا إرث له مع الأم مع كونها أقرب منه فلا وجه لاشتراكها معها في النفقة بخلاف العم فإنه يرث معها يدل عليه ما في كتبهم عامة من عدم مشاركة أب الأم معها فكيف الخال مع أن أب الأم لو اجتمع مع الخال قدم أبو الأم بلا شبهة فعلمنا قطعا بأن الخال لا شيء عليه من النفقة مع الأم بالأولى ومما يدل عليه ما في المنهاج الحنفي من قوله فإن كان للصغير أم موسرة وجد موسر ولا أب له فنفقته على الأم والجد على قدر مواريثهما، وكذلك العم مع الأم، وكذلك سائر العصبة سواهما معها وإن كان للصغير ابن عم موسر وخال موسر فنفقته على خاله اهـ.

فمفهومه أن غير العصبة معها لا يشاركها والخال ليس عصبة فلا يشاركها ومن توهم ذلك فقد أبعد عن الفهم جدا وإنما ذكرت لما وجدت من إفتاء بعض المفتين بهذا العصر وتقدم أنه لو اجتمع العم والخال فهي على العم فبالأولى إذا اجتمع مع الأم الخال لا شيء عليه لما تقدم في وجه **الإشكال**، وأما ابن العم فلأنه لا نفقة عليه، ولو انفرد؛ لأنه ليس بمحرم والله أعلم.

(قوله: على جد الأب) صوابه على الجد أبي الأب؛ لأن الضمير في له للصغير.

(قوله: وبه علم إلخ) قال الرملي قال في التتارخانية نقلا عن المحيط تجب عليهما أثلاثا بخلاف الأب في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة على الجد كلها وهو أليق بمذهب أبي حنيفة في الميراث فإنه يلحق الجد بالأب مطلقا حتى قال الجد أولى من الإخوة والأخوات. اهـ.

فعلى ما روى الحسن الجد كالأب فيها اهـ.

أقول: وعلل في الذخيرة لظاهر الرواية بأن اتصال النافلة بالجد كاتصاله بالأخ بواسطة الأب وفي الأخ والأم النفقة عليهما كإرثهما فكذا في الجد والأم.

(قوله: كالأب فيها) أي في النفقة قال في الخانية وهو ظاهر الرواية اعتبارا بالميراث.

(قوله: لأن الأم وسائر الأقارب ليس لهم بيع شيء اتفاقا) قال في النهر لكن في الأقضية جواز بيع الأبوين وهكذا القدوري

في شرحه فيحتمل أن يكون في المسألة روايتان وبتقدير الاتفاق فتأويل ما ذكر فيها أن الأب هو الذي يتولى البيع لكن لنفقتهما فأضيف البيع إليهما؛ لأنه بعد بيع الأب يصرف الثمن إليهما، وهذا هو الظاهر فإن جواز بيع الأم بعيد كذا في الدراية. اهـ. قلت: ومثله في الذخيرة.

(قوله: بخلاف غير الأب لا يجوز له بيع العقار مطلقا) قال في النهر يعني للنفقة وإلا فسيأتي أن للوصي ذلك عند استيفاء الشروط الآتية." (١)

"بخلاف ما لو قال: إن أديت إلي ألفا أحج بها فإنه يعتق بتخلية الألف ويكون قوله " أحج بها " لبيان الغرض ترغيبا للعبد في الأداء حيث يصير كسبه مصروفا إلى طاعة الله تعالى لا على سبيل الشرط كذا في البدائع ولو قال لعبدين له: إن أديتما إلي ألفا فأنتما حران فأدى أحدهما حصته لم يعتق أحدهما لأنه علق العتق بأداء الألف ولم يوجد وكذا لو أدى أحدهما الألف كله من عنده وإن أدى أحدهما الألف وقال: خمسمائة من عندي وخمسمائة بعث بها صاحبي ليؤديها إليك عتقا لوجود الشرط حصة أحدهما بطريق الأصالة وحصة الآخر بطريق النيابة؛ لأن هذا باب تجري فيه النيابة فقام أداؤه مقام أداء صاحبه ولو أدى عنهما رجل آخر لم يعتقا إلا إذا قال: أؤديها إليك على أنهما حران فقبلها المولى على ذلك عتقا ويرد المال إلى المؤدي لأن المولى لا يستحق المال بعتق عبده قبل الغير بخلاف الطلاق، والفرق في البدائع وقدمنا عن المحيط أنه لو أمر غيره بالأداء فأدى لا يعتق مع تصريح صاحب البدائع في مسألة العبدين بأن النيابة تجري في هذا الباب إلا أن يوفق بينهما بأن ما في المحيط إنما هو في الأمر من غير إعطاء شيء من العبد وما في البدائع فيما إذا بعث مع غيره المال فلا **إشكال**، وفي الهداية ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا إنه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما إذا حط البعض وأدى الباقي ثم لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه؛ لأنه مأذون من جهته بالأداء منه اهـ.

ولم أر صريحا أنه لو حجر على هذا العبد المأذون هل يصح حجره وقد يقال: إنه لا يصح حجره؛ لأن الإذن له ضروري لصحة التعليق بالأداء وقد يقال: إنه يصح لما أنه يملك بيعه فيملك حجره بالأولى.

(قوله: وإن قال أنت حر بعد موتي بألف فالقبول بعد موته) لإضافة الإيجاب إلى ما بعد الموت فصار كما إذا قال: أنت حر غدا على ألف درهم وأشار المصنف بتأخير العتق عن الموت إلى أنه لا يعتق بقبوله فلا يعتق إلا بإعتاق الوارث، أو الوصي أو القاضي إذا امتنع الوارث؛ لأن العتق تأخر عن الموت إلى أن يقبل، والعتق متى تأخر عن الموت لا يثبت إلا بإعتاق واحد من هؤلاء؛ لأنه صار بمنزلة الوصية بالإعتاق ذكره الإمام العتابي وجزم به الإسبيجابي، وقال: إن الوارث يملك عتقه تنجيزا وتعليقا والوصي يملكه تنجيزا فقط ولو أعتقه الوارث عن كفارة يمينه جاز عن الميت لا عن الكفارة، والولاء للميت لا للوارث وصرح الصدر الشهيد بأن الأصح أنه لا يعتق بالقبول بل لا بد من إعتاق الوارث، وفي الهداية قالوا: لا يعتق، وإن قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لأن الميت ليس بأهل للإعتاق وهذا صحيح اهـ.

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢٣١/٤

وتعقبه في غاية البيان بأنه ينبغي أن يعتق حكما لكلام صدر من الأهل مضافا إلى المحل، وإن كان الميت ليس بأهل للإعتاق ولأن القبول لم يعتبر في حال الحياة فإذا لم يعتق بالقبول بعد الوفاة إلا بإعتاق واحد منهم لا يكون معتبرا بعد الوفاة أيضا فلا يبقى فائدة لقبوله بعد الموت اهـ.

وجوابه أن العتق الحكمي، وإن كان لا يشترط فيه الأهلية يشترط قيام الملك وقته وهنا قد خرج عن ملك المعلق وبقي للوارث ومتى خرج عن ملكه لا يقع بوجود الشرط مع وجود الأهلية فما ظنك عند عدمها وقوله أنه لا فائدة للقبول بعد الموت ممنوع؛ لأنه لولا القبول لم يصح إعتاق الوصي والقاضي لعدم الملك لهما ولم يلزم الوارث الإعتاق.

والحاصل: أن المسألة مختلف فيها فظاهر إطلاق المتون أنه يعتق بالقبول بعد الموت من غير توقف على إعتاق أحد وهو قول البعض كما يشير إليه لفظ الأصح وله أصل في الرواية كما في غاية البيان وصحح المتأخرون أنه لا يعتق بالقبول كما قدمناه ولا فرق في المسألة بين أن يؤخر ذكر المال، أو يقدمه كأن يقول: أنت حر على ألف درهم بعد موتي كما في غاية البيان لكنه

ــــــــص.................................... " (١)

"في ضمنه والإرث مما يدخل تحت القضاء بخلاف النحر، وأما ما في المبسوط من أن الشهادة على النفي تقبل في الشروط حتى لو قال لعبده إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فشهدا أنه لم يدخلها قبلت ويقضى بعتقه وما نحن فيه من قبيل الشروط فأجيب عنه بأنها قامت بأمر ثابت معاين، وهو كونه خارجا فيثبت النفي ضمنا وتعقبه في فتح القدير بأنه يرد عليه أن العبد كما لا حق له في التضحية إذا لم تكن هي شرط العتق فلم تصح الشهادة بها كذلك لا حق له في الخروج؛ لأنه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم الحج في مسألتنا فلما كان المشهود به مما هو وجودي متضمن للمدعى به من النفي المجعول شرطا قبلت الشهادة عليه، وإن كان غير مدعى به لتضمنه المدعى به كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة لنفي المدعى به فقول محمد – رحمه الله – أوجه. اهـ.

فإن قلت: إن عدم الدخول هو الخروج لأنه لا واسطة فله حق الخروج قلت: لا نسلم أنه الخروج؛ لأنه الانفصال من الداخل إلى الخارج فإن كان خارجا وقت اليمين واستمر صدق عليه أنه لم يدخل، ولم يخرج؛ لأنه لو حلف لا يخرج من هذه الدار، وهو خارجها لا يحنث حتى يدخل ثم يخرج كما قدمنا فليس عدم الدخول هو الخروج فالحاصل أن الشهادة على النفي المقصود لا تقبل سواء كان نفيا صورة أو معنى سواء أحاط به علم الشاهد أو لا وسيأتي تفاريعه في الشهادات إن شاء الله تعالى.

قوله (وحنث في لا يصوم بصوم ساعة بنية، وفى صوما أو يوما بيوم) لوجود الشرط في الأول بإمساك ساعة إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات على قصد التقرب، وأما إذا حلف لا يصوم صوما أو لا يصوم يوما فإنه لا يحنث بإمساك ساعة؛ لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بإنهائه إلى آخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة به، ولا يقال المصدر مذكور

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٤/ ٢٨١

بذكر الفعل فلا فرق بين حلفه لا يصوم، ولا يصوم صوما فينبغي أن لا يحنث في الأول إلا بيوم؛ لأنا نقول الثابت في ضمن الفعل ضروري لا يظهر أثره في غير تحقيق الفعل بخلاف الصريح؛ لأنه اختياري يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال قيد بيوم؛ لأنه لو حلف ليصوم من هذا اليوم، وكان بعد أن أكل أو بعد الزوال صحت اليمين وطلقت في الحال مع أنه مقرون بذكر اليوم، ولا كمال؛ لأن اليمين تعتمد التصور، والصوم بعد الزوال والأكل متصور كما في صورة الناسي، وهو كما لو قال لامرأته إن لم تصل اليوم فأنت طالق فحاضت من ساعتها أو بعدما صلت ركعة صحت اليمين وطلقت للحال؛ لأن دور الدم لا يمنع كما في الاستحاضة بخلاف مسألة الكوز؛ لأن محل الفعل، وهو الماء غير قائم أصلا فلا يتصور بوجه واستشكله في فتح القدير على قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن التصور شرعا منتف، وكونه ممكنا في صورة أخرى، وهي صورة النسيان والاستحاضة لا يفيد فإنه يحنث كان في صورة الحلف مستحيلا شرعا لا يتصور الفعل المحلوف عليه؛ لأنه لم يحلف إلا على الصوم والصلاة الشرعيين أما على قول أبي يوسف فظاهر أنهما ينعقدان ثم يحنث.

واعلم أن التمرتاشي ذكر أنه لو حلف لا يصوم فهو على الجائز؛ لأنه لتعظيم الله تعالى وذلك لا يحصل بالفاسد إلا إذا كانت اليمين في الماضي وظاهره أنه يشكل على مسألة الكتاب فإنه حنثه بعدما قال ثم أفطر من يومه لكن مسألة الكتاب أصح؛ لأنها نص محمد في الجامع الصغير. اهـ.

وقد قدمنا في مسألة الكوز أن الأصح عدم الحنث فيما إذا قال لامرأته إن لم تصل الفجر غدا فأنت كذا فحاضت بكرة ونقلناه عن المنتقى فهو مؤيد لبحث المحقق ابن الهمام

ــــــQ [قوله عبده حر إن لم يحج العام فشهدا بنحره بالكوفة]

قوله: وتعقبه في فتح القدير إلخ) قال المقدسي في شرحه الرمز أقول: الشهادة بعدم الدخول أولت بالخروج الذي هو وجودي صورة، في الحقيقة المقصود أن الخروج يمكن الإحاطة به بلا ريب بأن يشاهد العبد خارج الدار في جميع اليوم فهي نفي محصور بخلاف التضحية بالكوفة ليست ضدا للحج على أنه يمكن أن يكون ذلك كرامة له، وهي جائزة كما قالوا في المشرقي والمغربية فتأمل.

(قوله: والصوم بعد الزوال والأكل متصور كما في صورة الناسي) قال في النهر أنت خبير بأن تصوره فيما إذا حلف بعد الزوال في الناسي الذي لم يأكل ممنوع. اهـ.

أي في الناسي للنية لكن قرر في الذخيرة التصور في غير الناسي فقال قلنا الصوم بعد الزوال وبعد الأكل متصور فإن الله تعالى لو شرع الصوم بعدهما لا يكون مستحيلا ألا ترى كيف شرعه بعد الأكل ناسيا، وكذلك الصلاة مع الحيض متصور؛ لأن الحيض ليس إلا درور الدم، وأنه لا ينافي شرعية الصلاة ألا ترى أن في حق المستحاضة، ومن بمعناها الصلاة مشروعة وشرط إقامة الدليل مقام المدلول التصور لا الوجود بخلاف مسألة الكوز. اهـ. مخلصا.

وتمام الكلام مبسوط فيها وبه ظهر أن قول المؤلف كما في صورة الناسي تنظير لا تمثيل وبه اندفع ما أورده في النهر كما لا يخفى ويحصل الجواب بذلك عن إشكال ابن الهمام أيضا." (١)

"فالوضوء من أغلظهما، وقد وجدنا الرواية عن أبي حنيفة أن الوضوء يكون منهما فرجعنا إلى قوله وذكر الفقيه أبو جعفر في تأسيس النظائر أن المرأة إذا أجنبت ثم حاضت فاغتسلت عند أبي يوسف يكون الغسل من الأول، وعند محمد يكون منهما. اهـ.

(قوله: إن لبست من غزلك فهو هدي فملك قطنا فغزلته فلبس فهو هدي) أي إن لبست ثوبا من مغزولك، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا ليس عليه أن يهدي حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف، ومعنى الهدي التصدق به بمكة؛ لأنه اسم لما يهدى إليها لهما أن النذر إنما يصح في الملك أو مضافا إلى سبب الملك، ولم يوجد؛ لأن اللبس وغزل المرأة ليسا من أسباب الملك وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه، ولهذا يحنث إذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر؛ لأن القطن لم يصر مذكورا وأفاد أنه لو كان القطن مملوكا له وقت الحلف فغزلته فلبسه فإنه هدي بالأولى، وهو متفق عليه، وفي فتح القدير والواجب في ديارنا أن يفتى بقولهما؛ لأن المرأة لا تغزل إلا من كتان نفسها أو قطنها فليس الغزل سببا لملكه للمغزول عادة فلا يستقيم جواب أبي حنيفة. اهـ.

وفي المحيط حلف لا يلبس من غزل فلانة ونوى الغزل بعينه لا يحنث إذا لبسه لأنه نوى حقيقة كلامه، وإن كان لبس الغزل قبل النسج غير ممكن كما لو حلف لا يشرب الماء ونوى شرب جميع المياه لم يحنث حتى لو لم تكن له نية يحمل على المنسوج عرفا؛ لأنه عقد يمينه على ما لا يتصور لبسه عرفا فينصرف إلى ما يصنع منه مجازا عرفا كما لو حلف لا يأكل من هذه النخلة حلف لا يلبس ثوبا من غزل فلانة فلبس ثوبا من غزلها وغزل أخرى لا يحنث؛ لأن بعض الملبوس ليس من غزلها وبعض الثوب لا يسمى ثوبا كما لو حلف لا يلبس ثوب فلان فلبس ثوبا بين فلان وبين آخر لم يحنث فكذا هنا حتى لو حلف لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوبا من غزلها وغزل غيرها حنث، وإن كان من غزل فلانة خيط واحد؛ لأن الغزل ليس باسم لشيء مقدر فالبعض منه يسمى غزلا وفي الجامع الصغير حلف لا يلبس ثوبا من غزل فلبس ثوبا من غزل، وقطن كان في ملكه وقت اليمين يحنث، وكذلك إن لم يكن في ملكه عند أبي حنيفة خلافا لهما.

وفي المنتقى حلف لا يلبس من غزل فلانة، ولم يقل ثوبا فلبس ثوبا زره وعراه من غزلها لا يحنث؛ لأن الزر والعراء قبل الشد لا يصير ملبوسا بلبس القميص وبعد الشد لا يحنث، وإن صار لابسا؛ لأن هذا يسمى شدا ولا يسمى لبسا عرفا، وفي اللبنة والزيق يحنث لأنه يسمى لابسا لهما عرفا بلبس الثوب، ولو لبس تكة من غزلها لا يحنث عند أبي يوسف، وعند محمد يحنث والفتوى على قول أبي يوسف؛ لأنه لا يسمى لابسا في التكة عرفا بخلاف ما إذا لبس تكة من حرير فإنه يكره اتفاقا؛ لأن المحرم استعمال الحرير مقصودا سواء صار لابسا أو لم يصر، وقد وجد، وهذا المحرم باليمين اللبس، ولم يوجد، ولم يكره الزر والعرى من حرير؛ لأنه لا يعد لابسا، ولا مستعملا وكذا اللبنة والزيق لا يكره من الحرير؛ لأنه مستعمل له تبعا لا

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٤/٣٨٧

مقصودا فصار كالإعلام، ولو أخذ الحالف خرقة من غزلها قدر شبرين ووضعها على عورته لا يحنث؛ لأنه لا يسمى لابسا، وقال أبو يوسف إذا رقع في ثوبه شبرا حنث، ولو لبس ثوبا من غزلها فلما بلغ الذيل إلى السرة، ولم يدخل كميه ورجلاه بعد تحت اللحاف يحنث؛ لأنه لبس، ولو حلف لا يلبس ثوبا من نسج فلان فنسجه

ــــــــ (قوله: وقد وجدنا الرواية عن أبي حنيفة إلخ) قال في التتارخانية، وفائدة هذا الاختلاف إنما تظهر في مسألة الحلف التي ذكرناها فإذا حلف أن لا يتوضأ من الرعاف فرعف ثم بال فتوضأ حنث في يمينه بلا خلاف وإن بال أولا ثم رعف وتوضأ فعلى قول أبي عبد الله لا يحنث في يمينه، وعلى ظاهر **الجواب** يحنث، وكذلك على قول الفقيه أبي جعفر. اه.

(قوله: وفي الجامع الصغير حلف لا يلبس ثوبا من غزل فلبس ثوبا إلخ) هكذا فيما رأيناه من النسخ، ولعله لا يلبس ثوبا من غزل فلانة فسقط لفظ فلانة أو نحوه تأمل (قوله: بخلاف ما إذا لبس تكة من حرير فإنه يكره اتفاقا) قال في المنح فيما ذكره من حكاية الاتفاق نظر لما في شرح الوهبانية نقلا عن التتمة قال لا بأس بتكة الحرير للرجل عند أبي حنيفة ذكره بعض مشايخنا في الجامع الصغير وذكر الصدر الشهيد في أيمان الواقعات أنه يكره عند أبي يوسف ومحمد. اه.

وفي القنية رمز لشرح الإرشاد، وقال تكره التكة المعمولة من الإبريسم هو الصحيح، وكذا القلنسوة، وإن كانت تحت العمامة والكيس الذي يعلق. اهـ.

وفي شرحه للقدوري لا تكره التكة من الحرير، وعن أبي يوسف تكره واختلف في عصبه الجراحة بالحرير. اهـ.

إذا علمت هذا ظهر أن **الجواب** عما تقدم من **الإشكال** إنما يحتاج إليه على ما صححه في القنية أما على مقابله فلا. اهـ." (١)

"دار الحرب والفداء والمن) لأن في ردهم تقويتهم على المسلمين وفي الفداء بهم معونة الكفرة لأنه يعود حربا علينا، ودفع شر حرابه خير من استخلاص الأسير المسلم لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف إلينا، والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا فلا يجوز عند الإمام أبي حنيفة وجوزا أن يفادي أسرى المسلمين تخليصا للمسلم **وجوابه** ما مر.

أطلق في منع الفداء فشمل الشيخ الكبير الذي لا يرجى له نسل وعن محمد جوازه كما في الولوالجية وشمل إطلاق الحربي وأخذ المسلم الأسير عوضا عنه واستنقاذه منا بمال نأخذه منه قال في المغرب فداه من الأسر فداء وفدى: استنقذه منه بمال. والفدية اسم ذلك المال. والمفاداة بين اثنين يقال فاداه إذا أطلقه وأخذ فديته وعن المبرد المفاداة أن تدفع رجلا وتأخذ رجلا والفداء أن تشتريه وقيل هما بمعنى اهـ.

وفي الثاني خلاف ففي المشهور من المذهب لا يجوز وفي السير الكبير لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بأسرى بدر ولو كان أسلم الأسير في أيدينا لا يفادى بمسلم أسر في أيديهم لأنه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه به وهو مأمون على إسلامه وأما المن فقال في القاموس من عليه منا أنعم واصطنع عنده صنيعة اهـ.

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣٩١/٤

واختلفت العبارات في المراد به هنا ففي فتح القدير هو أن يطلقهم إلى دار الحرب بغير شيء وفي غاية البيان والنهاية هو الإنعام عليهم بأن يتركهم مجانا بدون إجراء الأحكام عليهم من القتل والاسترقاق أو تركهم ذمة للمسلمين اهـ.
ولا يصح الأول في كلام المختصر لأنه هو عين قوله وحرم ردهم إلى دار الحرب وإنما حرم لأن بالأسر ثبت حق الغانمين فلا يجوز إبطال ذلك بغير عوض كسائر الأموال المغنومة وقيد بفداء الكفار لأنه يجوز فداء أسرى المسلمين به الذين في دار الحرب بالدراهم والدنانير وما ليس فيه قوة للحرب كالثياب وغيرها ولا يفادون بالسلاح كذا في غاية البيان وظاهر الولوالجية أنه يجوز مفاداة أسرى المسلمين بالسلاح والكراع اتفاقا

(قوله وعقر مواش شق إخراجها فتذبح وتحرق) أي وحرم عقر المواشي لأنه مثلة فيذبحها لأن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكة الأعداء ثم تحرق بالنار لتنقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهي عنه قال في المحيط وأشار إلى أنه يحرق الأسلحة والأمتعة إذا تعذر نقلها وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار إبطالا للمنفعة عليهم قال في المغرب عقره عقرا جرحه وعقر الناقة بالسيف ضرب قوائمها، والمواشي جمع ماشية وهي الإبل والبقر والغنم وقيد بالمواشي احترازا عن النساء والصبيان التي يشق إخراجها فإنها تترك في أرض خربة حتى يموتوا جوعا كي لا يعودوا حربا علينا لأن النساء يقع بهن النسل وأما الصبيان فإنهم يبلغون فيصيرون حربا علينا كذا في فتاوى الولوالجي وتعقبه في فتح القدير بأنه أقوى من القتل المنهي عنه في قتل النساء والصبيان اللهم إلا أن يضطروا إلى ذلك بسبب عدم الحمل فيتركوا ضرورة وهو عجيب منه لأن الولوالجي صرح بأنه يفعل بالنساء والصبيان ذلك عند عدم إمكان الإخراج لا مطلقا فلا **إشكال** أصلا والمسألة مذكورة في المحيط أيضا وذكر بعده ولهذا قال علماؤنا إذا وجد المسلمون حية أو عقربا في دار الحرب في رحالهم ينزعون ذنب العقرب وأنياب الحية قطعا للضرر عن أنفسهم ولا يقتلونها لأن فيه منفعة الكفار وقد أمرنا بضده اهـ.
وفي التتارخانية نساء من أهل الإسلام متن في دار الحرب فيطأ أهل الحرب النساء الأموات قال يسعنا أن نحرقهن بالنار اهـ.

[قسمة الغنائم في دار الحرب لغير إيداع]
(قوله وقسمة غنيمة في دارهم لا للإيداع) أي حرم قسمة الغنائم في دار الحرب لغير إيداع لنهيه – صلى الله عليه وسلم – عن بيع الغنائم في دار الحرب، والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولأن الاستيلاء إثبات
ـــــــQ [ما يفعله الإمام بالأسرى]
قوله وفي الثاني خلاف) أي اشتراؤه بمال وسماه ثانيا نظرا إلى ما في عبارة المبرد (قوله ولا يصح الأول في كلام المختصر إلخ) قال في النهر الظاهر أن مؤدى العبارتين واحد وذلك أن قوله بغير شيء أي بغير قتل ولا استرقاق ولا ذمة، وأن ردهم إلى دارهم هو إرسالهم إليها وهذا كما ترى مغاير لمطلق إطلاقهم بغير شيء فتدبره ثم رأيته في إيضاح الإصلاح قال المن أن يطلقهم مجانا سواء كان الإطلاق بعد إسلامهم أو قبله أشير إلى ذلك في التعليل المذكور في الهداية يريد قوله ولأنه بالأسر

ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة ثم قال وقد علم من نفي المن والفداء نفي ردهم إلى دارهم بطريق الدلالة فلا حاجة إلى ذكره اهـ.." (١)

"واحد منهما فهو ابنهما ولو وصفا وأصاب أحدهما دون الآخر قضى للذي أصاب كذا في الظهيرية ثم اعلم أن العلامة مرجحة عند عدم مرجح أقوى منها فيقدم ذو البرهان على ذي العلامة والمسلم على الذمي ذي العلامة وظاهر ما في فتح القدير تقديم ذي اليد على الخارج ذي العلامة وينبغي تقديم الحر على العبد ذي العلامة فعلم أنها أضعف المرجحات وفي التتارخانية وإذا ادعى اللقيط رجلان ادعى أحدهما أنه ابنه والآخر أنه ابنته فإذا هو خنثى فإن كان مشكلا قضي به بينهما وإن لم يكن مشكلا حكم به لمن ادعى أنه ابنه اهـ.

وفيها عن القدوري لو شهد للمسلم ذميان وللذمي مسلمان قضي به للمسلم (قوله ومن ذمي وهو مسلم إن لم يكن في مكان أهل الذمة) أي يثبت النسب من ذمي عند عدم دعوى مسلم ويكون اللقيط مسلما إن لم يكن في مكان أهل الذمة وهذا استحسان لأن دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وإبطال الإسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره والمراد من مكان أهل الذمة قرية من قراهم أو بيعة أو كنيسة قال في الهداية وهذا **الجواب** فيما إذا كان الواجد ذميا رواية واحدة.

وإن كان الواجد مسلما في هذا المكان أو ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد ألا ترى أن تبعية الأبوين فوق تبعية الدار حتى إذا سبي مع الصغير أحدهما يعتبر كافرا وفي بعض نسخه اعتبر الإسلام نظرا للصغير وفي النهاية حاصلها على أربعة أوجه أحدها أن يجده مسلم في مكان المسلمين فهو مسلم ثانيها أن يجده كافر في مكانهم فهو كافر ثالثها أن يجده كافر في مكان المسلمين رابعها عكسه ففيه روايتان ففي كتاب اللقيط العبرة للمكان فيهما وفي رواية ابن سماعة العبرة للواجد فيهما وفي فتح القدير ولا ينبغي أن يعدل عما في بعض النسخ من اعتبار الإسلام أي ما يصير الولد به مسلما نظرا للصغير اهـ.

وظاهر كلام المصنف أنه إنما يعتبر مكان أهل الذمة إذا كان الواجد ذميا ومفهومه أن يكون مسلما في الصور الثلاث ذميا في صورة واحدة ولا يعدل عنه كما ذكرنا وفي كفاية البيهقي قيل يعتبر بالسيما والزي لأنه حجة قال الله تعالى ﴿تعرفهم بسيماهم﴾ [البقرة: ٢٧٣] وقال ﴿يعرف المجرمون بسيماهم﴾ [الرحمن: ٤١] وفي المبسوط كما لو اختلط الكفار يعني موتانا بموتاهم فإنه يعتبر بالزي والعلامة ولو فتحت القسطنطينية فوجد فيها شيخ يعلم صبيانا حوله القرآن يزعم أنه مسلم يجب أن يؤخذ بقوله كذا في فتح القدير.

وذكر في الخانية الروايات الأربع وصرح في المختار بأن ظاهر الرواية اعتبار المكان وفي الخانية ولو أدرك اللقيط كافرا فإن كان الملتقط وجده في مصر من أمصار المسلمين فإنه يحبس ويجبر على الإسلام استحسانا واختلفوا في موضع القياس والاستحسان قال بعضهم القياس والاستحسان في قتله إذا لم يسلم في القياس يقتل وفي الاستحسان لا يقتل وقال بعضهم الاستحسان

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٥/ ٩٠

والقياس في الجبر على الإسلام في القياس لا يجبر على الإسلام وترك على الكفر بالحرية وفي الاستحسان يجبر على الإسلام ولا يترك على الكفر وهو الصحيح اهـ.
ثم اعلم أن ابن الذمي اللقيط إنما يكون مسلما إذا لم يقم بينة أنه ابنه فإن برهن بشهود مسلمين قضي له به وصار تبعا له في دينه وإن أقام بينة من أهل الذمة لا يكون ذميا لأنا حكمنا بإسلامه فلا يبطل هذا الحكم بهذه البينة لأنها شهادة قامت في حكم الدين على مسلم فلا تقبل كذا في الخانية.

(قوله ومن عبد وهو حر) أي يثبت نسبه من عبد ادعى أنه ابنه لأنه ينفعه وكان حرا لأن المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهر بالشك وقدمنا أن الحر في دعوته اللقيط أولى من العبد كما أن المسلم أولى من الذمي ترجيحا لما
ـــــــQ (قوله وإن لم يكن مشكلا حكم به لمن ادعى أنه ابنه) قال المقدسي ينبغي إن وافق وإلا فلمن وافق اهـ.
قلت: والذي رأيته في التتارخانية وإن لم يكن مشكلا وحكم بكونه ابنا فهو للذي ادعى أنه ابنه اهـ. وعليه فلا **إشكال**.."
(١)
"له أن يرد.
والفرق أن البياض الثاني غير الأول حقيقة إلا أن في الصورة الأولى الثاني حدث في يد البائع فيوجب الرد وفي الثانية البياض الثاني حدث في يد المشتري فلا يوجب الرد اهـ.
وبهذا ظهر أن لا **إشكال** ولا يحتاج إلى المشاورة نعم على ما نقله في فتح القدير من امتناع الرد في المسألتين مشكل.

(قوله والسرقة من العيوب في العبد والجارية) أطلقه فشمل الصغير والكبير إلا الذي لا يميز كما قدمناه في الإباق والبول في الفراش فالثلاثة من غير المميز ليست عيبا وفسر في المعراج المميز هنا بأن يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجي وحده وقدره بعضهم بخمس سنين كما في المعراج أيضا ولا بد من المعاودة عند المشتري في حالة واحدة فلا بد من السرقة عندهما في الصغر أو بعد البلوغ فإن سرق عند البائع في صغره ثم عند المشتري بعد بلوغه لا يرده لحدوث العيب لأن في الصغر لقلة المبالاة وفي الكبر لخبث في الباطن ولا بد من أن لا تقطع يده عند المشتري ولذا قال في المحيط اشترى عبدا فسرق عنده وقد كان سرق عند البائع فقطعت يده بالسرقتين يرجع بربع الثمن لأن اليد قطعت بالسرقتين جميعا. اهـ.
وفي الظهيرية من المحاضر أن الطرار والنباش وقاطع الطريق كالسارق عيب في العبد وفي البدائع أن العبد إذا زنى فحد فإنه يكون عيبا أطلقه فشمل ما إذا سرق من المولى أو من غيره قليلا كان أو كثيرا ويرد عليه مسألتان الأولى ما إذا سرق من المولى طعاما ليأكله فإنه لا يكون عيبا بخلاف ما إذا سرقه ليبيعه أو سرقه من غير المولى ليأكله فإنه عيب فيهما وفي البزازية إذا سرق طعاما لا للأكل بل ليبيعه ونحوه فعيب مطلقا وظاهره أن الإهداء كالبيع الثانية ما إذا سرق فلسا أو فلسين فإنه لا يكون عيبا وقد جزم به الشارح وظاهر ما في المعراج أنها قويلة وأن المذهب الإطلاق وعلى هذا القول ما دون الدرهم كذلك كما ذكره فيه.

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٥٨/٥

وفي الظهيرية وإذا نقب البيت ولم يختلس فهو عيب وفي جامع الفصولين لو سرق بصلا أو بطيخا من الغالين أو فلسا كما تسرق التلامذة لم يكن عيبا ولو سرق بطيخا من فاليز الأجنبي فهو عيب هو المختار وإن سرق للإدخار فهو عيب مطلقا اهـ.

(قوله والجنون) لما ذكرنا ولا بد فيه من وجوده عند البائع ثم عند المشتري كذلك كما لا يخفى سواء اتحدت الحالة أو لا فلو جن عند البائع في صغره ثم عند المشتري في صغره أو بعد بلوغه فهو عيب لكونه عين الأول لأنه عن فساد في الباطن ولا يختلف سببه بالصغر والكبر كما في العيوب الثلاثة وهذا معنى قول الإمام محمد أنه عيب أبدا وليس معناه عدم اشتراط العود في يد المشتري لأن الله تعالى قادر على إزالته وإن كان قل ما يزول كذا في الهداية وهو الصحيح وهو قول الجمهور وهو المذكور في الأصل والجامع الكبير وبه أخذ الطحاوي ولكن ميل الحلواني وخواهر زاده إلى ظاهر كلام محمد من عدم اشتراط العود عند المشتري للحديث «من جن ساعة لم يفق أبدا» وقال الإسبيجابي ظاهر **الجواب** عدم اشتراط المعاودة في يد المشتري وقيل تشترط وهو الصحيح وقيل تشترط بلا خلاف بين المشايخ كذا في عامة الروايات فالحاصل أن المشايخ اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال فمنهم من جعله كالإباق والبول في الفراش فلا بد من المعاودة واتحاد السبب وهو قول أبي بكر الإسكاف البلخي كما في غاية البيان معزيا إلى أبي المعين في شرح الجامع الكبير ومنهم من لم يشترطه نظرا إلى قول محمد في الجامع الصغير إن الجنون عيب لازم أبدا فإذا جن في يد البائع كفى للرد واختاره الفقيه أبو الليث كما في غاية البيان والحلواني وخواهر زاده كما قدمناه وعامة المشايخ على اشتراط العود في يد المشتري وإن لم يتحد السبب واختاره الصدر الشهيد وقاضي خان وصاحب الهداية وصححوه وحكموا بغلط ما عداه وفي التلويح الجنون

ـــــه (قوله وبهذا ظهر أن لا **إشكال** ولا يحتاج إلى المشاورة إلخ) قال الرملي هذا غير صحيح كما لا يخفى على ذي تأمل لأن مسألة فتح القدير مصورة بما إذا علم المشتري بالعيب حال الشراء ثم زال عند البائع ثم عاد عنده أيضا ومسألة الواقعات الحسامية مصورة بما إذا لم يعلم المشتري بالعيب حال الشراء ثم زال عند البائع ثم عاد عنده قبل القبض ثم علم المشتري بعد ذلك وفي هذه له الرد بل شبهة سواء جعل الثاني عين الأول أو غيره لأن العيب الذي لم يعلم به المشتري يثبت به الرد سواء كان موجودا حال البيع أو حدث بعده قبل القبض فهذه غير مسألة فتح القدير **فالإشكال** باق فتأمله.

كذا وجد بخط بعضهم كتب عليه شيخ الإسلام محمد الغزي – رحمه الله تعالى – أقول: لم يدع الشارح أن مسألة." [١]

"(قوله في الصحيح لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع كذا في الهداية ثم اعلم أنه لا أثر في الاستحقاق بعلم المشتري أنه ملك المستحق إلا فيما لو كانت جارية فأولدها عالما بأنه ملك الغير فإن الولد رقيق لعدم الغرور كما في فصله من جامع الفصولين وظاهر كلام المصنف أنه ليس بمخير بين إمساكه والرجوع بنصف الثمن وليس كذلك بل هو مخير فله إمساكه وأخذ نصف الثمن لأنه بمنزلة الاستحقاق لا العيب كما ذكره الشارح حتى لو مات بعد القطع حتف أنفه رجع بنصف الثمن عنده كالاستحقاق ولو أعتقه المشتري ثم قتل أو قطعت يده به فإنه لا يرجع عنده بشيء لفوات المالية به

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٦/٤٤

وعندهما يرجع بالنقصان وإلى هنا ظهر أن الاختلاف بين الإمام وصاحبيه في ستة مسائل الأولى له رده عنده لا عندهما الثانية في كيفية الرجوع فعنده بالكل إن رده وبالنصف إن أمسكه وعندهما بالنقصان الثالثة إذا مات بعد القطع حتف أنفه فعنده يرجع بالنصف ولا رجوع عند هما الرابعة لو أعتقه فلا رجوع عنده خلافا لهما.

الخامسة في رجوع الباعة.

السادسة العلم به لا يمنع الخيار عنده خلافا لهما وقيد بكونه قطع عند المشتري لأنه لو قطع عند البائع ثم باعه فمات عند المشتري به فإنه يرجع بالنقصان عنده أيضا وبالقطع لأنه لو اشترى مريضا فمات منه عند المشتري أو عبدا زنى عند البائع فجلد عند المشتري فمات به رجع بالنقصان عنده أيضا لأن المريض والمقطوع عند البائع إنما ماتا بزيادة الآلام وترادفها عند المشتري وهي لم توجد عند البائع وزنا العبد يوجب الجلد، والموت غيره فلا يؤاخذ البائع بما لم يكن عنده وكذا لو زوج أمته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالنكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وإن كان زوالها بسبب كان عند البائع لأن البكارة لا تستحق بالبيع كذا في فتح القدير وكتبنا في شرح المنار من بحث الأداء والقضاء أنه لو بيع عند المشتري بدين كان عند البائع فإنه يرجع بالثمن فالمسائل الموردة عليه خمس.

(قوله ولو برئ من كل عيب به صح وإن لم يسم الكل ولا يرد بعيب) لأن الجهالة في الإسقاط لا تفضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة ويدخل تحت الإبراء الموجود والحادث قبل القبض في قول الثاني وذكره مع الإمام في المبسوط وشرح الطحاوي.

وفي الخانية أنه ظاهر مذهبهما وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر لأن البراءة تتناول الثابت ولأبي يوسف أن الغرض إلزام العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة من الوجود والحادث وأجمعوا أنه لو أبرأه من كل عيب به لا يدخل الحادث ولا يرد علينا عدم صحة أبرأت أحدكما لجهالة من له الحق كقوله لرجل علي كذا ولو قال أبرأتك من كل عيب به وما يحدث لم يصح إجماعا فاستشكل قول أبي يوسف لأنه مع التنصيص لا يصح فكيف يصححه ويدخله بلا تنصيص ولكن هذا على رواية الإسبيجابي وأما على رواية المبسوط فيصح الاشتراط باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مكان العيب الموجب للرد وفي البدائع لو باع على أنه برئ من كل عيب يحدث بعد البيع فالبيع بهذا الشرط فاسد عندنا لأن الإبراء لا يحتمل الإضافة وإن كان إسقاطا ففيه معنى التمليك ولهذا لا يقبل الرد فلا يحتمل الإضافة نصا كالتعليق فكان شرطا فاسدا فأفسد البيع اهـ.

ولو اختلفا في عيب أنه حادث بعد العقد أو كان عنده لا أثر لهذا عند أبي يوسف وعند محمد القول للبائع مع يمينه على العلم بأنه حادث هذا إذا أطلق أما إذا أبرأه مقيدا بعيب كان عند البائع ثم اختلفا على نحو ما ذكرنا فالقول للمشتري كذا في البدائع ولو شرطها من عيب واحد كشجة فحدث عند المشتري عيب أو موت فاطلع على آخر فأراد الرجوع بالنقصان جعل أبو يوسف الخيار للبائع في التعيين وجعله محمد - رحمه الله تعالى -

ـــــــQالثمن قاله القاضيان أبو زيد وفخر الدين قاضي خان وتمامه في فتح القدير.

(قوله ولكن هذا على رواية الإسبيجابي إلخ) **جواب** عن **الإشكال** بمنع الإجماع قال في فتح القدير أجيب بمنع أنه إجماع بأن في الذخيرة إذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبي يوسف خلافا لمحمد وذكر في المبسوط في موضع آخر لا رواية عن أبي يوسف فيما إذا نص على البراءة من كل عيب حادث ثم قال وقيل ذلك صحيح عنده باعتبار أنه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد ولئن سلمنا فالفرق أن الحادث يدخل تبعا لتقرير غرضهما وكم من شيء لا يثبت مقصودا ويثبت تبعا اهـ.
ما في الفتح (قوله وفي البدائع لو باع على أنه بريء إلخ) قال في النهر مبني على قول محمد كما في الشرح وعند أبي يوسف." (١)

"وذكر القدوري أن بيعه تبعا للكوارة فيها عسل جائز، وأنكره الكرخي، وقال إنما يدخل الشيء في البيع تبعا لغيره إذا كان من حقوقه كالشرب والطريق، وهذا ليس من حقوقه كذا في الفوائد الظهيرية، وأجيب عنه بأن التبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع للنحل في الموجود، والنحل تابع له في المقصود بالبيع، والكوارة بضم الكاف وتشديد الواو معسل النحل إذا سوي من طين، وفي التهذيب كوارة النحل مخففة، وفي المغرب بالكسر من غير تشديد، وقيد الزمخشري بفتح الكاف، وفي الغريبين بالضم كذا في فتح القدير، وفي المصباح كوارة النحل بالضم والتخفيف، والتثقيل لغة عسلها في الشمع، وقيل بيتها إذا كان فيه العسل، وقيل هو الخلية، وكسر الكاف مع التخفيف لغة. اهـ. وسيأتي أن الفتوى على قول محمد.
(قوله ويباع دود القز وبيضه) أما الدود فلا يجوز بيعه عند أبي حنيفة لأنه من الهوام، وعند أبي يوسف يجوز إذا ظهر فيه القز تبعا، وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به، وأما بيضه فلا يجوز بيعه عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز لمكان الضرورة، وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة كما في دوده، وإنما اختار المؤلف قول محمد في الدود، والبيض لكونه المفتى به، ولكن يرد عليه أن الفتوى على قول محمد أيضا في بيع النحل كما في الذخيرة والخلاصة فلم اختار قوله في الدود دون النحل بلا مرجح، ولعله لم يطلع على أن الفتوى على قوله فيهما، وفي المصباح القز معرب قال الليث هو ما يعمل منه الإبريسم، ولهذا قال بعضهم: القز والإبريسم مثل الحنطة والدقيق. اهـ.
وأما الخز فاسم دابة ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبرها، والجمع خزان مثل صرد وصردان منه أيضا قيد بالنحل والدود لأن ما سواهما من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والقنافذ والضب لا يجوز بيعه اتفاقا، ولا يجوز بيع شيء من البحر إلا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر، وغير ذلك، ولكن في الذخيرة إذا اشترى العلق الذي يقال له بالفارسية مرعل يجوز، به أخذ الصدر الشهيد
لحاجة
الناس إليه لتمول الناس له، وفي المصباح العلق شيء أسود شبيه الدود يكون في الماء يعلق بأفواه الإبل عند الشرب اهـ.
وقيد بالبيع لأنه لو كان الدود، وورق التوت من واحد، والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفين أو أقل أو أكثر

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٧٢/٦

لا يجوز عند محمد، وكذا لو كان العمل منهما، وهو بينهما نصفان، وفي فتاوى الولوالجي امرأة أعطت امرأة بزر القز، وهو بزر الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى أدرك فالفليق لصاحبة البزر لأنه حدث من بزرها، ولها على صاحبة البزر قيمة الأوراق، وأجر مثلها، ومثله إذا دفع بقرة إلى آخر يعلفها ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة، وله على صاحب البقرة ثمن العلف، وأجر مثله، وعلى هذا إذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف كذا في فتح القدير، ومحلها كتاب الإجارات، ولم يذكر المؤلف بيع الحمام، وذكره في الهداية فقال: والحمام إذا علم عددها، وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مال مقدور التسليم، وفي الذخيرة إذا با ع برج حمام مع الحمام فإن با ع ليلا جاز لأن في الليل يكون الحمام بجملته داخل البرج، ويمكن أخذه منه من غير الاحتيال فيكون بائعا ما يقدر على تسليمه، وفي النهار يكون بعضه خارج البيت فلا يمكن أخذه إلا بالاحتيال فلا يجوز اهـ.

(قوله والآبق) أي لم يجز بيع الآبق لنهي النبي - صلى الله عليه وسلم -

ـــــــQوضعت للإحراز فليس للمستأجر إلا ما أباحه المؤجر (قوله فلا يجوز بيعه عند أبي حنيفة) قال في النهر، واعلم أنه يحتاج على قول الإمام إلى الفرق بين النحل والدود حيث أجاز بيعه تبعا دون الدود، ولا **إشكال** على ما روي عن الكرخي أنه لا يجوز في النحل تبعا (قوله ولعله لم يطلع على أن الفتوى على قوله فيهما) استبعده في النهر، واعتذر عن المصنف بقوله، وكأنه لقوة المدرك في النحل، وكذا استبعده الرملي ثم قال وإنما **الجواب** عنه أنه ربما قام عنده دليل اختيار قولهما في النحل، وقول محمد في دود القز وبيضه، ويفرق بينهما بفارق يلوح من قول بعضهم يجوز بيعه ليلا، ولا يجوز بيعه نهارا لأنه يكون مجتمعا حالة الليل متفرقا حالة النهار في المراعي.

(قوله ولكن في الذخيرة إذا اشترى العلف إلخ) انظر هل يقال مثله في بيع الدودة، وهي القرمز التي يصبغ بها بناء على ما اشتهر من أن أصلها دود له روح يخنق بالكلس، وبالخل، ومقتضى التعليل الجواز فإنها كثيرة

الاحتياج

بين الناس، ولها مداخل كثيرة عند أرباب الصنائع، وهي من أنفس الأموال عندهم، وقد أجازوا بيع السرقين تأمل (قوله فإن با ع ليلا جاز إلخ) ألغز فيه الشيخ رمضان العطيفي فقال على هامش نسخته المكتوبة بخطه:

يا إماما في فقه نعمان أضحى ... حائزا لسبق مفردا لا يجارى

أي بيت يجوز بيعك إيا ... ه بليل ولا يجوز نهارا

اهـ.

قال الرملي، وتقدم في شرح قوله، والطير في الهواء إنه إذا علم عوده، وأمكن تسليمه يجوز، ولم يفرق بينهما إذا كان بالنهار فراجعه.." (١)

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٨٥/٦

"وهو تناقض منه أيضا لموافقته على ذلك، وتصريحه بالضم في بابها، ولم أر له سلفا، ولا من نبه على ذلك في الموضعين، وقد كنت قديما في ابتداء اشتغالي حملت كلام الزيلعي في المضاربة على أنه اشترى ببعض رأس المال، وكلامهم في باب المرابحة على ما إذا اشترى المضارب بالجميع لتصريحه في المبسوط بأن الربح لا يظهر إلا بعد تحصيل رأس المال اهـ. فإذا كان رأس المال ألفا واشترى بنصفها عبدا وباعه بألف لم يظهر الربح لعدم الزيادة على رأس المال لاحتمال هلاك الخمسمائة الباقية فإذا لم يظهر الربح فلا شيء للمضارب حتى يضم، وأما إذا اشترى بالألف وباعه بألف وخمسمائة فقط ظهر الربح فتضم حصة المضارب إلى المال، وهذا التقرير إن شاء الله تعالى من خواص هذا الشرح بحوله وقوته.

قوله (ويرابح بلا بيان بالتعيب، ووطء الثيب) لأنه لم يحبس عنده شيء بمقابلة الثمن لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن، ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن، وأطلق في قوله بلا بيان، ومراده بلا بيان أنه اشتراه سليما فتعيب عنده أما بيان نفس العيب القائم به فلا بد منه لئلا يكون غاشا له للحديث الصحيح «من غش فليس منا» ، وفي الخلاصة قبيل

ــــــــــہرواية، وقال أيضا وفي السراج من أنه يضم يعني المضارب حصته هنا أيضا فمخالف لصريح الرواية التي جزم بها المصنف تبعا لصاحب الهداية في المضاربة اهـ أي من أنه يرابح على أقل الثمنين كما مر، وأقول: ما ذكره الشارح الزيلعي ليس محمولا على رواية كما قال وما ذكره في السراج غير مخالف لصريح الرواية فإن في المسألة تفصيلا، وكلام كل منهما لا يخرج عن بعض وجوه ذلك التفصيل، وبيان ذلك يحتاج إلى نقل ما ذكره المؤلف في كتاب المضاربة برمته ليتضح الحال ويزول الإشكال بعون الملك المتعال، ونصه قوله وإن اشترى من المالك بألف عبدا اشتراه بنصفه رابح بنصفه أي لو اشترى المضارب من رب المال بألف المضاربة عبدا قيمته ألف، وقد اشتراه رب المال بنصف الألف يبيعه المضارب مرابحة بما اشتراه رب المال.

ولا يجوز أن يبيعه مرابحة على ألف لأن بيعه من المضارب كبيعه من نفسه، وكذا لو اشتراه رب المال بألف وقيمته ألف، وباعه من المضارب بخمسمائة، ومال المضاربة ألف فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة قيدنا بكونه لا فضل في قيمة المبيع والثمن على رأس مال المضاربة لأنه لو كان فيهما فضل بأن اشترى رب المال عبدا بألف قيمته ألفان ثم باعه من المضارب بألفين بعدما عمل المضارب في ألف المضاربة وربح فيها ألفا فإنه يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة، وكذا إذا كان في قيمة المبيع فضل دون الثمن بأن كان العبد يساوي ألفا وخمسمائة فاشتراه رب المال بألف فباعه من المضارب بألف يبيعه المضارب مرابحة على ألف ومائتين، وأما إذا كان في الثمن فضل على رأس المال ولا فضل في قيمة المبيع بأن اشترى رب المال عبدا بألف قيمته ألف باعه من المضارب بألفين فإنه يبيعه مرابحة على ألف فهو كمسألة الكتاب فالحاصل أن هذه المسألة على أربعة أقسام قسمان لا يرابح فيهما إلا على ما اشترى به رب المال، وهما إذا كان لا فضل فيهما أو لا فضل في قيمة المبيع فقط، وقسمان يرابح على ما اشترى به رب المال وحصة المضارب، وهما إذا كان فيهما فضل أو في قيمة المبيع فقط، وهذا إذا كان البائع رب المال،.

وأما إذا كان البائع المضارب فهو على أربعة أقسام أيضا الأول أن لا يكون فضل فيهما بأن كان رأس المال ألفا فاشترى

منها المضارب عبدا بخمسمائة قيمته ألف وباعه من رب المال بألف فإن رب المال يرابح على ما اشترى به المضارب، الثاني أن يكون الفضل في قيمة المبيع دون الثمن فإنه كالأول، الثالث أن يكون فيهما فضل فإنه يرابح على ما اشترى به المضارب وحصة المضارب، الرابع أن يكون الفضل في الثمن فقط، وهو كالثالث كذا في المحيط مختصرا، وقال الشارح الزيلعي ولو كان بالعكس بأن اشترى المضارب عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال بألف يبيعه مرابحة على خمسمائة، ولا شك أن هذه الصورة هي القسم الأول في كلام المحيط فليس كلامه هنا مخالفا لما ذكره هو بنفسه في باب المرابحة أنه يضم حصة المضارب، وقد اشتبهت هذه المسألة على كثير حتى زعموا أنه وقع منه تناقض، وليس كذلك بل ما ذكره هنا هو الوجه الأول في كلام المحيط، وهو أنه لا فضل في الثمن وقيمة المبيع على رأس المال، وما ذكره في باب المرابحة هو القسم الثالث والرابع في كلام المحيط كما لا يخفى، ولهذا صوروا المسألة هناك بأن معه عشرة بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر قالوا يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف اهـ. كلام المؤلف – رحمه الله تعالى – في كتاب المضاربة فهذا هو **الجواب** الصحيح عن الزيلعي.

ولم يتعرض لكلام السراج هنا ولا هناك، ولا شك أن ما ذكره في السراج بقوله لو اشترى رب المال سلعة إلخ هو ما ذكره المؤلف عن المحيط في القسم الأول من أنه لو كان فيهما فضل بأن اشترى رب المال عبدا بألف قيمته ألفان إلى آخر ما قدمناه، والله تعالى الموفق لا رب سواه.." (١)

"ويشترط قبض ثمنه في المجلس فإن أدى الثمن فوجد بالكر عيبا رده أو رجع بنقصان العيب، ولو اشترى ما عليه بكر مثله جاز إن كان عيبا، ولا يجوز إن كان دينا فلو وجد بالمقروض عيبا لم يرجع بنقصان العيب، ولو اشترى المستقرض كر المقرض بعينه لم يجز لأنه ملكه إلا في رواية عن أبي يوسف، ولو باعه من المقرض جاز، ولا ينفسخ القرض اهـ.

وفي القنية من باب القروض شراء الشيء اليسير بثمن غال إذا كان له حاجة إلى القرض يجوز ويكره، استقرض عشرة دراهم فأرسل عبده ليأخذها من المقرض فقال المقرض دفعتها إليه، وأقر العبد به، وقال دفعتها إلى مولاي، وأنكر المولى قبض العبد العشرة فالقول له، ولا شيء عليه، ولا يرجع المقرض على العبد لأنه أقر أنه قبضها بحق، استقراض

ــــــQالحكم بالعكس كما في الولوالجية والخانية، وغيرهما، وسبب **الإشكال** أن " لا " سقطت من كلام الناسخ الأول من قوله يجوز حيث قال باع المقرض من المستقرض قبل الاستهلاك يجوز، والصواب لا يجوز، وزاد في قوله وعند الثاني لا يجوز، والصواب يجوز، وبعد إصلاح عبارتها بإثبات لا في العبارة الأولى، وإسقاطها من الثانية بقي التعليل مناسبا للحكم اهـ. كلام الحموي.

قلت: وقد رأيت في نسختين من البزازية لا يجوز في الأول، ويجوز في الثاني فلا **إشكال**، هذا وقد نبه الرملي في عبارته السابقة على شيء دقيق من لم يلاحظه يقع في الخبط، وهو أن بيع المقرض الكر من المستقرض تارة يكون للكر الذي استقرضه بعينه، وتارة يكون للذي في ذمته فإن كان الأول فحكمه ما مر، ولذا قيده البزازي بقوله الكر الذي في يد المستقرض فلا يجوز بيعه إذا كان قائما عندهما قال في الذخيرة لأن عندهما المستقرض يصير ملكا للمستقرض بنفس القرض

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٢٣/٦

فيصير مشتريا ملك نفسه أما على قول أبي يوسف فالكر المستقرض باق على ملك المقرض فيصير المستقرض شاريا ملك غيره فيصح قال ولو كان المستقرض هو الذي با ع الكر من المقرض جاز ذكر المسألة من غير ذكر خلاف، وأنه ظاهر على قول أبي حنيفة ومحمد لأن المستقرض ملكه بنفس القرض عندهما فإنما با ع ملك نفسه، واختلف المشايخ على قول أبي يوسف بعضهم قالوا يجوز لأنه على قوله، وإن كان المستقرض لا يملكه بنفس القرض إلا أنه يملك التصرف فيه بيعا وهبة واستهلاكا فيصير متملكا له، وبالبيع من المقرض صار متصرفا فيه، ومستهلكا على نفسه ملكه، وزال عن ملك المقرض فصح البيع منه اهـ. كلام الذخيرة.

وإن كان الثاني فقد قال في الذخيرة أيضا قال محمد رجل أقرض رجلا كرا من طعام، وقبضه المستقرض ثم إن المستقرض اشترى من المقرض الكر الطعام الذي له عليه بمائة دينار جاز لأن الكر القرض دين وجب على المستقرض لا بعقد الصرف، ولا بعقد السلم، وبيعه جائز ثم إن محمدا لم يذكر أن الكر المستقرض قائم في يد المستقرض وقت الشراء أو مستهلك لجوازه مطلقا فإن كان مستهلكا وقت الشراء فالجواز قول الكل لأنه يصير ملكا للمستقرض بالاستهلاك، ويجب مثله دينا في ذمته بلا خلاف فإذا اشترى الكر الذي عليه للمقرض فقد أضاف الشراء إلى ما هو موجود فيصح بلا خلاف، وإن قائما **فالجواب** قول أبي حنيفة ومحمد - رحمه الله - لأنه يصير مملوكا بنفس القبض بحكم القرض عندهما، ويجب مثله دينا في الذمة أما على قول أبي يوسف ينبغي أن لا يجوز لأنه على قوله لا يصير ملكا للمستقرض ما لم يستهلكه، ولا يجب مثله دينا في الذمة قبله، وإن أضاف الشراء إلى الكر الذي في ذمته، ولا كر في ذمته فقد أضافه إلى المعدوم فلا يجوز. اهـ.

(قوله ويشترط قبض بدله في المجلس) قال في الذخيرة فإن قبض المقرض الثمن من المستقرض قبل أن يتفرقا فالشراء ماض على صحته لأن الافتراق حصل بعد قبض أحد البدلين حقيقة فيما ليس بصرف، وإن افترقا قبل القبض انتقض البيع وعاد الكر دينا في ذمة المستقرض لأن الافتراق حصل عن دين بدين فإن قيل ينبغي أن لا يبطل العقد لأن الكر في ذمة المستقرض في حكم المقبوض.

والجواب أنه، وإن كان في حكم المقبوض إلا أنه دين حقيقة فالدراهم إذا لم تقبض فهو دين حقيقة وحكما، وكان الرجحان لجانب الدينية، والعبرة للراجح. اهـ. وتمامه فيها.

(قوله فإن أدى الثمن إلخ) قال الرملي إنما كان له رده، والرجوع بنقصان العيب لأنه شرى ما في ذمته، ودفع له ثمنه على أنه سليم فبان معيبا فيرجع بنقصانه، وأما الكر المردود فليس هو المبيع بخلاف ما إذا اشتراه بكر مثله حيث لا يرجع بالنقصان لأنه يكون ربا إذ الربوي إذا بيع بجنسه فالشرط المساواة، والزائد ربا مطلقا سليما كان أو معيبا فتأمل (قوله يجوز ويكره) قال في الذخيرة ذكر الخصاف أن هذا جائز، وهذا مذهب محمد بن سلمة إمام بلخ فإنه روي أنه كان له سلع، وكان إذا استقرض إنسان منه شيئا كان يبيعه أولا سلعة بثمن غال ثم نقد منه بعض الدنانير إلى تمام حاجته، وكثير من مشايخ بلخ كانوا يكرهون ذلك، وكانوا يقولون هذا قرض جر منفعة، ومن المشايخ من قال إن كانا في مجلس واحد كره، وإلا لا بأس به، وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني يفتي بقول الخصاف." (١)

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٣٤/٦

"ثلاث صور الأولى أن يعلم أن الزيت الذي في الزيتون أكثر لتحقق الفضل من الدهن والتفل، الثانية أن يعلم التساوي لخلو التفل عن العوض، الثالثة أن لا يعلم أنه مثل أو أكثر أو أقل فلا يصح عندنا لأن الفضل المتوهم كالمتحقق احتياطا، وعند زفر جاز لأن الجواز هو الأصل والفساد لوجود الفضل الخالي فما لم يعلم لا يفسد، ويجوز البيع في صورة بالإجماع أن يعلم أن الزيت المنفصل أكثر ليكون الفضل بالتفل، وكذا بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه، وكل شيء لتفله قيمة إذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص أكثر، وإن لم يكن لتفله قيمة كتراب الذهب إذا بيع بالذهب أو تراب الفضة إذا بيع بالفضة لا يشترط أن يكون الذهب أو الفضة أكثر مما في التراب لأن التراب لا قيمة له فلا يجعل بإزائه شيء حتى لو جعل فسد لربا الفضل، وفي الحاوي، وإن باع حنطة بحنطة في سنبلها لم يجز، وإن باع قصيل حنطة بحنطة كيلا، وجزافا جاز، وإن لم يشترط الترك اهـ.

قوله (ويستقرض الخبز وزنا لا عددا) وهذا عند أبي يوسف، وعند محمد يستقرض بهما، وعند أبي حنيفة لا يستقرض بهما، وذكر الشارح أن الفتوى على قول أبي يوسف، وفي شرح المجمع الفتوى على قول محمد، وفي فتح القدير، وأنا أرى أن قول محمد أحسن، وفي الجوهرة قال محمد ثلاث من الدناءة استقراض الخبز، والجلوس على باب الحمام، والنظر في مرآة الحجام. اهـ.

وفي المجتبى باع رغيفا نقدا برغيفين نسيئة يجوز، ولو كان الرغيفان نقدا، والرغيف نسيئة لا يجوز، ولو باع كسيرات الخبز يجوز نقدا، ونسيئة كيف كان.

قوله (ولا ربا بين المولى وعبده) لأنه، وما في يده ملكه أطلقه وهو مقيد بما إذا لم يكن عليه دين مستغرق لرقبته وكسبه، وأما إذا كان مستغرقا فيجري الربا بينهما اتفاقا لعدم الملك عنده للمولى في كسبه كالمكاتب، وعندهما لتعلق حق الغير، والتحقيق أنه على إطلاقه، ولا ربا بينهما، وإن كان مديونا مستغرقا، وإنما يرد الزائد لتعلق حق الغرماء به كما لو أخذ منه شيئا بغير عقد كذا في المعراج، ولو كان عليه دين غير مستغرق فلا ربا، وفي مأذون المحيط إذا أخذ المولى من كسب المأذون شيئا ثم لحقه دين سلم للمولى ما أخذ، وإن كان عليه يوم الأخذ ولو قليلا لم يسلم، وفائدته لو لحقه آخر رد المولى جميع ما أخذه بخلاف ما إذا أخذ منه ضريبة، وليس عليه دين فإنها تسلم له استحسانا، والمدبر وأم الولد كالعبد بخلاف المكاتب.

وأشار المصنف إلى أنه لا ربا بين المتفاوضين، وشريكي العنان إذا تبايعا من مال الشركة وإن كان من غيره جرى بينهما.

قوله (ولا بين الحربي والمسلم ثمة) أي لا ربا بينهما في دار الحرب عندهما خلافا لأبي يوسف، وفي البناية، وكذا إذا باع خمرا أو خنزيرا أو ميتة أو قامرهم، وأخذ المال كل ذلك يحل له، ولهما الحديث «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب» ، ولأن مالهم مباح، وبعقد الأمان منهم لم يصر معصوما إلا أنه التزم أن لا يتعرض لهم بغدر، ولا لما في أيديهم بدون رضاهم فإذا أخذ برضاهم أخذ مالا مباحا بلا غدر فيملكه بحكم الإباحة السابقة إلا أنه لا يخفى أنه إنما اقتضى حل مباشرة العقد إذا كان الزيادة ينالها المسلم، والربا أعم من ذلك إذ يشمل ما إذا كان الدرهمان من جهة المسلم أو من جهة الكافر، **وجواب**

المسألة بالحل عام في الوجهين كذا في فتح القدير، وحكم من أسلم في دار الحرب، ولم يهاجر كالحربي عند أبي حنيفة لأن ماله غير معصوم عنده فيجوز للمسلم الربا معه، وأما إذا هاجر إلينا ثم عاد إليهم لم يجز الربا معه لكونه أحرز ماله بدارنا فكان من أهل دار الإسلام كذا

ــــــQبالسويق فيه خلافهما تأمل.

(قوله وفي الحاوي وإن باع حنطة بحنطة إلخ) قال الرملي يجب تقييده بما إذا لم يتحقق أن الحنطة التي في سنبلها أقل فإذا تحقق أنه أقل جاز البيع، ويكون زائد الخالصة في مقابلة التبن فينتفي الربا تأمل، وقد تقدم أن بيع البر في سنبله بمثله لا يجوز. اهـ.

وانظر ما تقدم قبل خيار الشرط عند قول المصنف كبيع بر في سنبله.

(قوله وفي المجتبى باع رغيفا نقد إلخ) انظر ما وجهه ووجهه شيخنا بأن الثمن يجوز تأجيله دون المبيع، وقوله ولو كان الرغيفان نقدا أي اللذان دخلت عليهما الباء، وهما الثمن، وقوله والرغيف نسيئة أي الذي هو المبيع إن باع رغيفا نسيئة برغيفين نقدا فلا يجوز لما فيه من تأجيل المبيع، وعليه فذكر العدد اتفاقي، ويبقى **الإشكال** في الكسيرات، وأيضا فإن الجنس فيها موجود، ولم يجوزوا بيع تمرة بتمرتين نسيئة فليتأمل.

(قوله إلا أنه لا يخفى أنه) أي إلا أن التعليل بقوله، ولأن مالهم مباح إلخ (قوله كذا في فتح القدير) تتمة عبارة الفتح، وكذا القمار قد يفضي إلى أن يكون مال الحظر للكافر بأن يكون الغلب له فالظاهر أن الإباحة بقيد نيل المسلم الزيادة، وقد ألزم الأصحاب في الدرس أن مرادهم من حل الربا والقمار ما إذا حصلت الزيادة للمسلم نظرا إلى العلة، وإن كان إطلاق **الجواب** خلافه، والله تعالى أعلم." (١)

"فسدت وإلا فإن قال أجرتك بكذا بأن تكربها بعد انقضاء المدة فتردها علي مكروبة فلا تفسد، وإن قال على أن تكربها بعدها فهي فاسدة الكل من فتاوى الولوالجية ويستثنى من إطلاق قولهم لا يصح تعليقها بالشرط ما صرحوا به في الإجارة لو قال لغاصب داره فرغها وإلا فأجر كل شهر كذا فسكت ولم يفرغها وجب المسمى مع أنه تعليق بعدم التفريغ.

قوله (والإجازة) بالزاي المعجمة بأن باع فضولي عبده فقال أجزته بشرط أن تقرضني أو تهدي إلي أو علقها بشرط لأنها بيع معنى كذا ذكر العيني فظاهره تخصيص إجازة البيع، فلو قال المصنف وإجازة البيع لكان أولى فإن ظاهره أن إجازة القسمة والإجارة كذلك بل كل شيء لا يصح تعليقه بالشرط إذا انعقد موقوفا لا يصح تعليق إجازته بالشرط حتى النكاح ويدل عليه ما في جامع الفصولين والبزازية وتعليق الإجازة بالشرط باطل كقوله: إن زاد فلان في الثمن فقد أجزت، ولو زوج بنته البالغة بلا رضاها فبلغها الخبر فقالت أجزت إن رضيت أمي بطلت الإجازة إذ التعليق يبطل الإجازة اعتبارا بابتداء العقد

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٤٧/٦

اهـ.

قوله (والرجعة) بأن قال لمطلقته الرجعية راجعتك على أن تقرضيني كذا أو إن قدم زيد؛ لأنها استدامة الملك فتكون معتبرة بابتدائه فكما لا يجوز تعليق ابتدائه لا يجوز تعليقها، كذا ذكره العيني وهو سهو ظاهر وخطأ صريح فسيأتي في الكتاب قريبا إن شاء الله تعالى أن النكاح لا يبطل

ـــــــQإما أن يقول أجرتك بكذا بأن تكربها بعد انقضاء المدة وتردها علي مكروبة أو قال أجرتها بكذا على أن تكربها بعد انقضاء المدة ففي الأول جازت وفي الثاني لم تصح فلو أطلق بأن قال وبأن تردها علي مكروبة يجب أن تصح ويصرف إلى الكراب بعد انقضائها وهذا التفصيل صحيح. اهـ.

بحذف التعليل والظاهر أن في النسخة تحريفا تأمل وفي الذخيرة وذكر شيخ الإسلام إذا شرط على المستأجر أن يردها مكروبة بكراب في مدة الإجارة فالعقد فاسد والمسألة على وجهين أما إذا قال صاحب الأرض أجرتك هذه الأرض بكذا وبأن تكربها بعد مضي المدة وفي هذا الوجه العقد جائز أما إذا قال أجرتك بكذا على أن تكربها بعد انقضاء مدة الإجارة ففاسد فإن أطلق الكراب ينصرف بعد العقد فيصح ولكن **جواب** هذا الفصل يخالف ظاهر ما ذكر هاهنا ولا يظن به أنه قال جزافا لظاهر أنه عثر على رواية أخرى بخلاف ما ذكر هنا اهـ.

(قوله: فظاهره تخصيص إجازة البيع) قال الرملي تأمل في هذه العبارة فإنها متعارضة (قوله ويدل عليه ما في جامع الفصولين) كأنه عدل عما استظهره أولا لما رأى ما في الجامع ولكن الاستقامة أحسن لأن الكلام فيما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به وإجازة النكاح كالنكاح ليست من معاوضة المال بالمال، وقد ذكر أولا أن ما كان مبادلة مال بغير مال لا يبطل بالشرط تأمل.

(قوله بأن قال لمطلقته إلخ) هذا مثال للشرط الفاسد بدون تعليق وقوله أو إن قدم زيد مثال للتعليق بالشرط الفاسد. (قوله: وهو سهو ظاهر وخطأ صريح إلخ) قال في النهر أما كون ما قاله العيني سهوا وخطأ فممنوع إذ ما ذكره من التوجيه مأخوذ مما في الشرح وهو توجيه صحيح لعدم صحة تعليقها كما أن النكاح كذلك، وأما بطلانها بالشرط فمسكوت عن توجيهه وحيث ذكر الثقات بطلانها بالشرط الفاسد لم يبق الشأن إلا في السبب الداعي للتفرقة بينها وبين النكاح وكأنه لأنها فارقته كما مر في أنه لا يشترط لها شهود ولا يجب بها عوض مالي وله أن يراجع الأمة على الحرة التي تزوجها بعد طلاقها وتبطل بالشرط الفاسد بخلاف النكاح. اهـ.

واعترضه بعض الفضلاء بأنه لا يلزم من مخالفتها النكاح في أحكام أن تخالفه في هذا الحكم. اهـ.

وسبقه إليه في الشرنبلالية على أنه ذكر صورة النزاع في المفارقة ولكن يقال أيضا لا يلزم من موافقتها النكاح في أحكام أن توافقه في هذا الحكم أيضا كيف وقد وجدت المخالفة بينهما فيما علمت ولا يلزم من عدم التصريح في بعض الكتب بأنها تبطل بالشرط أن تشارك النكاح فيه مع تصريح الثقات بعدم المشاركة بل لو صرح غيرهم بخلافه لم يكن سبيل إلى تخطئتهم

وإن لم يظهر لنا وجه قولهم تأمل وقد رأيت في الحواشي العزمية على الدرر ما نصه قلت: قد صرح الأسروشني بأن في كون الرجعة من جملة ما لا يصح تعليقه بشرط ويبطل بفاسده روايتين. اهـ.
لكن كتبه تحت قول الدرر والوقف فلتراجع نسخة أخرى فلعله تحريف **والجواب** الحاسم لمادة **الإشكال** من أصله أن يقال ما ترجم به الماتن بقوله ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط هو قاعدتان الأولى ما يبطل بالشرط الفاسد والثانية ما لا يصح تعليقه بأداة الشرط لا قاعدة واحدة كما أشرنا إليه فيما مر وأشرنا إلى أن ما ذكره الماتن من الفروع إما داخل تحت القاعدتين أو تحت إحداهما والرجعة قد صرحوا بأنها لا يصح تعليقها بالشرط فتكون داخلة تحت القاعدة الثانية، وأما كونها تبطل بالشرط الفاسد فيحتاج إلى تصريح أحد بذلك حتى تدخل." (١)
"الجملة لجواز أن يكون مكفولا عنه أو مضاربه به. اهـ.
ويدل عليه أيضا ما قدمناه من الأصح وعبارة البدائع أزالت اللبس وأوضحت كل تخمين وحدس وفي البزازية قال ضمنت لك عن فلان ألفا، فإذا قدم فلان فأنا بريء منه إن كان فلان غريما له بألف جاز شرط البراءة فإن كان فلان أجنبيا ليس بينه وبين الطالب والمطلوب تعلق في هذا الألف تصح الكفالة ويبطل شرط البراءة. اهـ.
فكما يصح تعليقها بقدوم الأصيل يصح تعليق البراءة منها بقدومه. قوله (أولتعذره كأن غاب عن المصر) لأن غيبته سبب لتعذر الاستيفاء ومنه ما في المعراج ضمنت كل مالك على فلان إن توى فهو جائز وكذا إن مات ولم يدع شيئا فهو ضامن، وكذا إن حل مالك على فلان ولم يوافك به فهو علي أو إن حل مالك على فلان فهو علي وإن مات فهو علي. اهـ.
ومنه ما في البزازية إن غاب ولم يوافك به فأنا ضامن لما عليه فإن هذا على أن يوافي به بعد الغيبة، وعن محمد قال إن لم يدفع مديونك مالك أو لم يقضه فهو علي، ثم إن الطالب تقاضى المطلوب فقال المديون لا أدفعه ولا أقضيه وجب على الكفيل الساعة، وعنه أيضا إن لم يعطك المديون دينك فأنا ضامن إنما يتحقق الشرط إذا تقاضاه ولم يعطه ذلك، وفي الفتاوى إن تقاضيت ولم يعطك فأنا ضامن فمات قبل أن يتقاضاه ويعطيه بطل الضمان ولو بعد التقاضي قال أنا أعطيك فإن أعطاه مكانه أو ذهب به إلى السوق أو منزله أو أعطاه جاز وإن طال ذلك ولم يعطه من يومه لزم الكفيل، عبد مأذون مديون طالبه غريمه بكفيل خوفا من أن يعتقه مولاه فقال رجل إن أعتقه مولاه فأنا ضامن جازت الكفالة. اهـ.
ومنه ما في القنية قال للدائن إن لم يؤد فلان مالك عليه إلى ستة أشهر فأنا ضامن له يصح التعليق لأنه شرط متعارف. اهـ.
قوله (ولا يصح بنحو إن هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالا) ومثله التعليق بنزول المطر ودخول الدار وقدوم زيد وهو غير مكفول عنه وذكر الشارح أن المذكور في المختصر مذكور في الهداية والكافي وهو سهو فإن الحكم فيه أن التعليق لا يصح ولا يلزم المال؛ لأن الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم ذكره قاضي خان وغيره، ولو جعل الأجل في الكفالة إلى هبوب الريح لا يصح التأجيل ويجب المال حالا. اهـ.
وهو سهو منه فإن المصنف لم يقل فتصح الكفالة ويجب المال حالا والموجود في
ـــــــــ (قوله: وعبارة البدائع أزالت اللبس إلخ) قال الرملي الذي يظهر من عبارة البدائع أنه لا بد أن يكون وسيلة إلى

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٩٦/٦

الأداء في الجملة كأن يكون مضاربه أو مديونه أو وكيله وله معه مال أو غير ذلك ولا يتعين أن يكون مكفولا عنه فلا يصح التعليق بقدوم من لا يكون وسيلة إلى الأداء وينبغي أن يكون هذا مراد صاحب العناية بقوله أجنبيا ويدل عليه قوله كان التعليق به كما في هبوب الريح ولا يكون كذلك إلا إذا كان أجنبيا من كل وجه. اهـ. كذا رأيته بخط بعضهم. اهـ.

وقال في النهر وأقول: كون ما في القنية ظاهرا فيما ادعاه ممنوع؛ لأن عبارته تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح وبغيره لا يصح، وقال القدوري في مختصره ويجوز تعليق الكفالة بالشروط، قال الأقطع: إن كان الشرط لوجوب الحق أو لإمكان الاستيفاء جاز التعليق كإن استحق المبيع أو قدم زيد لأن الاستحقاق للوجوب وقدوم زيد يسهل به الأداء بأن يكون مكفولا عنه أو مضرا به، ثم قال الأصح ما ذكره نصر أنه يصح بقدوم زيد، وقد نص عليه في تحفة الفقهاء. اهـ.

نعم قوله أو مضاربه يعلم منه أنه لو كان القادم مديون المكفول عنه أو مودعه أو غاصبه جازت الكفالة المعلقة بقدومه؛ لأن قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة ويحمل قوله في الفتح فلو كان غير مكفول عنه على ما إذا كان أجنبيا محضا وقوله في الكتاب أو لإمكان الاستيفاء يشمل ذلك وقوله كأن قدم إلى آخره مثال فقط وهذا فقه حسن فتدبره. اهـ.

قلت: ويظهر لي أن هذا هو مراد صاحب البحر فإن قوله والحق أنه لا يلزم أن يكون مكفولا معناه أنه يجوز أن يكون مضاربا له ونحوه وليس المراد أن الحق جواز كونه أجنبيا من كل وجه بقرينة استدلاله بعبارة البدائع تأمل. (قوله: وهو سهو منه إلخ) النسخة التي شرح عليها الزيلعي هكذا ولا يصح بنحو إن هبت الريح وإن جعلا أجلا فتصح الكفالة ويجب المال حالا، وهكذا في النهر فتحصل أن النسخ ثلاثة والتي شرح عليها المؤلف بإسقاط وإن جعلا أجلا والذي عزاه إلى النسخ المعتمدة من الاقتصار على قوله ولا تصح بنحو إن هبت الريح إذا علمت ذلك فاعلم أن الأخيرة لا إشكال فيها وكذا الأولى؛ لأن قوله فتصح الكفالة إلخ جواب قوله وإن جعلا أجلا ويعلم منه أن الكفالة لا تصح في الأول إن كانت النسخة بالياء المثناة التحتية في قوله ولا يصح وإن كانت بالفوقية فهي نص في ذلك، وأما الثانية فاعتراض الزيلعي وارد عليها ولا يمكن الجواب عنه بما أجيب به عن." (١)

"فإن ادعى المديون أنه لزمه عما ليس بمال وادعى الدائن أنه ثمن متاع لم يذكرها الأصحاب، وينبغي أن يكون القول فيها قول المديون إلا أن يقيم رب الدين البينة اهـ.

وفي نفقات البزازية وإن لم يكن لها بينة على يساره، وطلبت من القاضي أن يسأل من جيرانه لا يجب عليه السؤال، وإن سأل كان حسنا فإن سأل فأخبره عدلان بيساره ثبت اليسار بخلاف سائر الديون حيث لا يثبت اليسار بالإخبار، وإن قالا سمعنا أنه موسر أو بلغنا ذلك لا يقبله القاضي اهـ.

ولو قال المديون حلفه أنه ما يعلم أني معسر يجيبه القاضي إلى ذلك، ويحلفه أنه ما يعلم إعساره فإن حلف حبسه بطلبه، وإن نكل لا يحبسه كذا في البزازية معزيا إلى الحلواني، والمراد بقوله غناه قدرته الآن على قضاء الدين فلو كان للمحبوس مال في بلد آخر يطلقه بكفيل فإن علم القاضي عسرته لكن له مال على آخر يتقاضى غريمه فإن حبس غريمه الموسر لا يحبسه كذا في البزازية، وقياس الأولى أنه لو كان له مال غائب لا يحبسه، وقوله بما رأى أي لا تقدير لمدة حبسه، وإنما هو مفوض

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٦/٢٤٠

إلى رأي القاضي لأنه للضجر والتسارع لقضاء الدين وأحوال الناس فيه متفاوتة وقدره في كتاب الكفالة بشهرين أو ثلاثة، وفي رواية الحسن بأربعة وفي رواية الطحاوي بنصف الحول.

والصحيح ما ذكره المصنف كما في البزازية فلو رأى القاضي إطلاقه بعد يوم فظاهر كلامهم أن له ذلك قال في المحيط إن شاء يسأل عنه قبل مضي شهر اهـ.

وذكر الصدر الشهيد إن كان الرجل لينا أو صاحب عيال وشكا عياله إلى القاضي حبسه شهرا، ثم سأل عنه وإن كان وقحا حبسه ستة أشهر ثم سأل عنه، هذا إذا كان حاله مشكلا عند القاضي، إلا عمل بما ظهر له.

(قوله ثم يسأل عنه) أي يسأل القاضي عن المحبوس بعد حبسه بقدر ما يراه من جيرانه فإن قامت بينة على إعساره أطلقه ولا يحتاج إلى لفظ الشهادة وشرطه في الصغرى والعدل الواحد يكفي والاثنان أحوط وكيفيته أن يقول المخبر إن حال المعسرين في نفقته وكسوته وحالته ضيقة، وقد اختبرنا في السر والعلانية ولا يشترط لسماعها حضور رب الدين فإن كان غائبا سمعها، أطلقه بكفيل كذا في البزازية قال الطرسوسي: المستور كالعدل، أما الفاسق فلا يقبل خبره، وتعقب الزيلعي في ذكر العدالة، أنه من كلامه لا أنه نقل المذهب اهـ.

وفيه نظر لقوله في الخلاصة والبزازية وإنما يسأل من الثقات اهـ.

وهم العدول فليس ذكرها من كلامه، ثم اعلم أن قولهم إن الواحد يكفي مقيد بما إذا لم يكن الحال حال منازعة أما إذا كان حال منازعة بأن ادعى المطلوب أنه معسر وادعى الطالب

ـــــــQبدل مال لا في غيره كالمهر وبدل الخلع ونقل عن عدة كتب أخر أن القول للمدعي فيما كان بدل مال أو التزمه بعقد كالمهر وبدل الكفالة وعن بعض الكتب القول للمدعي فيما التزمه بعقد باشره لا بما لزمه حكما بدون مباشرة عقد. قال وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال أو غيره قلت: وأنت خبير بأن الالتزام بعقد يشمل قولهم ما كان بدل مال فيكون قولهم أو التزمه بعقد من عطف العام على الخاص، ثم لا يخفى أن ذكرهم المهر مع بدل الخلع يشعر باتحاد حكمهما على اختلاف القولين فمن قال إن ما ليس بدل مال كالمهر يصدق فيه يلزمه أن يقول إن الخلع كذلك لأنه لا فرق بينهما فإن كلا منهما لزمه بعقد باشره، والعلة تشملهما فإن هذا القائل يقول ما قبضه من المبيع والقرض دليل يساره بخلاف ما التزمه بالعقد، ومن قال إن ما التزمه بالعقد كذلك يقول إن إقدامه على العقد دليل قدرته فاعتبر هذا القائل الإقدام على العقد دليلا للقدرة ولا شك أن الخلع كذلك، ولذا فصل بين المهر المعجل والمؤجل فإن المؤجل لا يعتبر دليلا على القدرة لعدم التزام دفعه حالا بخلاف المعجل نعم يبقى **الإشكال** في بدل الصلح عن دم العمد فإنه ملتزم بعقد ولم يجعلوه دليل القدرة، ويمكن **الجواب** بأنه التزمه إحياء لنفسه ليدفع عنها القصاص فيكون بمنزلة المكره على ذلك العقد فلا يلزم منه قدرته على ما التزمه به. (قوله قال في المحيط إن شاء سأل عنه إلخ) ومثله ما في شرح أدب القضاء وهذا معنى قول محمد بعد ذكر التقدير هذا إذا أشكل على أمره أفقير أم غني أما إذا لم يشكل أمره سألت عنه عاجلا يعني إذا كان ظاهر الفقر أقبل البينة على الإفلاس وأخلي سبيله اهـ.

(قوله وإن كان وقحا) سيأتي تفسير الوقاحة قبيل قوله وبينة اليسار أحق (قوله قال الطرسوسي والمستور كالعدل) أقول:

نص عبارته بعد تعقبه كلام الزيلعي الآتي والأحسن عندي أن يقال إن كان رأي القاضي موافقا لقول هذا الواحد المستور في العسرة يقبله، وإن لم يكن موافقا بمعنى أن القاضي لا رأي له في هذا الوقت في حال هذا المحبوس لا من جهة العسرة ولا اليسرة فيشترط أن يكون المخبر بالعسرة عدلا كما قالوا في الإخبار بالعزل عن الوكالة فإنه بالإجماع إذا أخبر الوكيل فاسق بالعزل وصدقه الوكيل فيما أخبره به من العزل أنه يعزل. (قوله فليس ذكرها من كلامه) قلت: بل قد رأيت." [١]
"بالنسب له اهـ.

ما في المحيط وفيه والشهادة بعتق الأمة كالشهادة بطلاق المرأة اهـ.

قلت: وينبغي أن يكون الشهادة بالوقف كالعتق ولم أر نقلا في الشهادة بأن الوقف ملك أو بتزوير شرائط الوقف أو بأن الواقف أخرج فلانا وأدخل فلانا زورا إذا اتصل به القضاء وظاهر ما في الهداية أن ما عدا الأملاك المرسلة فإنه ينفذ باطنا حيث قال وكل شيء قضى به القاضي إلى آخره بناء على أن التحريم يشمل القصدي والضمني خصوصا إذا قلنا بأن الوقف من قبيل الإسقاط فهو كالطلاق والعتاق فعلى هذا فاللقب ليس بعام لخروج النسب عن العقود والفسوخ مع أن في دخول الطلاق والعتاق تحت الفسخ **إشكالا**؛ لأن الطلاق مقابل الفسخ؛ لأن الفسخ لا ينقص العدد والطلاق ينقصه وقدمنا ما في الإيضاح وقولهم إن المسألة ملقبة بالقضاء بالعقود والفسوخ يقتضي أن لا ينظر فيه إلى المعنى لكونه علما فيه ولو حذف الأملاك لكان أولى ليشمل ما إذا شهدوا بزور بدين لم يبينوا سببه فإنه لا ينفذ وإذا لم ينفذ باطنا في الأملاك المرسلة لم يحل للمقضي له الوطء والأكل واللبس وحل للمقضي عليه لكن يفعل ذلك سرا؛ لأنه لو فعله جهرا فسقه الناس أو عزروه كذا في الولوالجية.

واعلم أن الإرث حكمه حكم الأملاك المطلقة فلا ينفذ القضاء بالشهود زورا فيه باطنا اتفاقا وإن كان ملكا بسبب وسيأتي الاختلاف في باب اختلاف الشاهدين في أن الإرث مطلق أو بسبب والمشهور أنه مطلق واختار في الكنز أنه بسبب ولذا قال في البدائع في **الجواب** عن حديث البخاري مرفوعا «إنما أنا بشر فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فإنما أقطع له قطعة من النار» أنه قاله – عليه الصلاة والسلام – في مواريث درست والميراث ومطلق الملك سواء في الدعوى وبه نقول. اهـ.

ثم اعلم أنهما لما قالا بعدم النفاذ باطنا اختلفا فقال محمد لا يحل للزوج الأول وقال أبو يوسف يحل للزوج الأول وطؤها في الظاهر، وأما في الباطن فلا يحل لأن قول أبي حنيفة بوقوع الفرقة باطنا صار شبهة له فيحرم الوطء احتياطا وصار كما إذا تزوج امرأة ثم طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد ذلك كره محمد له أن يطأها قبل المحلل بقول أبي حنيفة كذا في الولوالجية وفيها ولو تزوجها الثاني ودخل بها وفارقها وانقضت عدتها فلا بأس أن يتزوجها الأول أما عندهما فلأن نكاح الأول قائم لكنهما يجددان النكاح حتى لا يتهما، وأما عند أبي حنيفة فإن الفرقة بالثلاث واقعة فيكون الزوج الثاني مثبتا للحل هذا إذا فارقها الزوج الثاني بطلاق باختياره فأما إذا شهدا عليه زورا بالثلاث وقضى القاضي بالفرقة حل لها أن تتزوج من شاءت من الزوج الأول والشاهدين عند أبي حنيفة وأبي يوسف الأول وعند أبي يوسف الآخر وهو قول محمد لا يحل؛ لأنها كانت منكوحة

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٦/٣١١

الأول فلا تتزوج إلا من الأول. اهـ.

وأشار المصنف إلى أن قضاء القاضي يحل ما كان حراما في معتقد المقضى له ولذا قال في الولوالجية ولو قال لها أنت طالق ألبتة فخاصمها إلى قاض يراها رجعية بعد الدخول فقضى بكونها رجعية والزوج يرى أنها بائنة أو ثلاثا فإنه يتبع رأي القاضي عند محمد فيحل له المقام معها وقيل إنه قول أبي حنيفة وعلى قول أبي يوسف لا يسعه المقام معها وإن ترافعا إلى قاض آخر بعد القضاء الأول فإنه لا ينقضه وإن كان على خلاف رأيه وهذا إذا قضى له فإن قضى عليه بالبينونة أو الثلاث والزوج لا يراه يتبع رأي القاضي إجماعا.

وهذا كله إذا كان الزوج عالما له رأي واجتهاد فإن كان عاميا اتبع رأي القاضي سواء قضى له أو عليه وهذا إذا قضى له أما إن أفتى له فهو على الاختلاف السابق؛ لأن قول المفتي في حق الجاهل بمنزلة رأيه واجتهاده كذا في الولوالجية وفي آخر النتف اعلم أن القضاء لا يهدم القضاء والرأي لا يهدم الرأي والقضاء يهدم الرأي والرأي لا يهدم القضاء مثال الأول ظاهر

ـــــــQ (قوله حيث قال وكل شيء قضى به القاضي إلخ) عبارة الهداية وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك (قوله فقال محمد لا تحل وقال أبو يوسف يحل للزوج الأول وطؤها) كذا في بعض النسخ وفي أغلب النسخ فقال محمد يحل للزوج الأول وطؤها وقال أبو يوسف لا يحل وهو الصواب وقوله في الظاهر صوابه في الباطن وقوله: وأما في الباطن فلا يحل الصواب إسقاطه والاقتصار على التعليل وعبارة الولوالجية هكذا، وأما الزوج الأول عند أبي حنيفة لا يحل له وطؤها في الظاهر، وأما في الباطن عند محمد يحل وعند أبي يوسف لا يحل؛ لأن قول أبي حنيفة إلخ اهـ. ملخصا. وقوله وصار كما إذا تزوج امرأة إلخ هكذا رأيته في الولوالجية كما هنا فتأمله ولعل معنى قوله ثم طلقها ثلاثا أي شهدا زورا بطلاقها ثلاثا ثم رأيت المسألة في شرح أدب القضاء حيث قال إذا تزوج امرأة بغير ولي ثم طلقها ثلاثا إلخ فسقط من عبارة الولوالجية قوله بلا ولي فوقع الخلل (قوله من الزوج الأول والشاهدين عند أبي حنيفة وأبي يوسف الأول) كذا في الولوالجية وفي بعض النسخ من الزوج الأول والثاني عند أبي يوسف الأول (قوله فإنه يتبع رأي القاضي عند محمد إلخ) قال في الفتح والوجه عندي قول محمد؛ لأن اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي يرجحه على اجتهاد الزوج والأخذ بالراجح متعين وكونه لا يراه حلالا إنما يمنعه من القربان قبل القضاء أما بعده وبعد نفاذه باطنا كما فرضت المسألة فلا اهـ.

(قوله فإن كان عاميا) ظاهر المقابلة أن المراد بالعامي غير المجتهد سواء كان عالما أو جاهلا.." (١)

"وأما مثال الثاني فإن يعتقد الثلاث في قوله أنت طالق ألبتة فإنها تحرم عليه فإن تحول رأيه إلى أنها رجعية لم تحل ومثال الثالث أن يحكم القاضي بكونها رجعية فإن هذا القضاء يهدم رأيه من أنها ثلاث ومثال الرابع إذا قضى قاض ثم تحول رأيه فإنه لا ينقض ما مضى؛ لأن الرأي لا يهدم القضاء وإنما يعمل برأيه في المستقبل اهـ. مختصرا.

(قوله ولا يقضى على غائب) أي لا يصح القضاء على خصم غير حاضر لقوله - عليه الصلاة والسلام - لعلي «لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فإنك إذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي» رواه أحمد وأبو داود والترمذي

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٦/٧

ولأن القضاء لقطع المنازعة ولا منازعة هنا لعدم الإنكار فلا يصح كذا ذكره الشارح وصرح في فتح القدير بأن حضرة الخصم ليتحقق إنكاره شرط لصحة الحكم وفي البزازية من القضاء قضى للغائب أو عليه لا يصح إلا أن يكون عنه خصم حاضر اهـ.

فلذا فسرنا كلام المصنف بعدم الصحة لا بعدم الحل والأولى أن يفسر بعدم النفاذ لقولهم إذا نفذه قاض آخر يراه فإنه ينفذ وقدمنا خلاف التصحيح في نفذ القضاء على الغائب فصحح الشارح عدمه وفي الخلاصة والبزازية الفتوى على النفاذ ورجح الأول في فتح القدير وأنه لا بد من إمضاء قاض آخر؛ لأن الاختلاف في نفس القضاء وفي البزازية من القضاء قال الإمام ظهير الدين في نفاذ القضاء على الغائب روايتان ونحن نفتي بعدم النفاذ كي لا يتطرقوا إلى إبطال مذهب أصحابنا اهـ.

والقائل بأن الفتوى على النفاذ خواهر زاده وفي منية المفتي القضاء على الغائب بلا خصم فيه روايتان ويفتى بعدم النفاذ وقيل إن رآه قاض فقضى به ينفذ. اهـ.

لكن اشتبه على كثير أن قولهم الفتوى على النفاذ أعم من كون القاضي شافعيا يراه أو حنفيا لا يراه وهو إنما هو فيمن يراه والظاهر أنه في حق من يراه لإجماع الحنفية على أنه لا يقضى على غائب كما ذكره الصدر الشهيد في شرح أدب القضاء ولو كان أعم للزم هدم مذهب أصحابنا والعجب من البزازي حيث قال في الفتاوى من المفقود وهل ينصب القاضي وكيلا على الغائب وعن الغائب عندنا لا يفعل أما لو فعل بأن حكم على الغائب نفذ إجماعا؛ لأن المجتهد سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة بلا خصم حاضر للقضاء أم لا فإذا رآها حجة وحكم نفذ كما لو حكم بشهادة الفساق وعليه الفتوى اهـ.

فإن دعوى الإجماع ليست بصحيحة وهو مسبوق بها عن خواهر زاده وفي قوله فإذا رآها حجة إشارة إلى أنه ممن يرى القضاء على الغائب فخرج الحنفي المقلد ولقد صدق العلامة محمود حيث قال في جامع الفصولين قد اضطرب آراؤهم وبيانهم في مسائل الحكم للغائب وعليه ولم يصف ولم ينقل عنهم أصل قوي ظاهر يبنى عليه الفروع بلا اضطراب ولا إشكال فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع ويحتاط ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتى بحسبها جوازا أو فسادا. اهـ.

والذي

ـــــــQ [القضاء على خصم غير حاضر]

(قوله فلذا فسرنا كلام المصنف بعدم الصحة) قال الرملي هذا لا يتأتى على القول بأن الخلاف في حل الإقدام لا في حل النفاذ فتنبه (قوله كي لا يتطرقوا إلى إبطال مذهب أصحابنا) قال الرملي فإن قلت: ما وجه التطرق إلى إبطال المذهب في هذه المسألة دون غيرها من الخلافيات قلت: لم أر من ذكر وجهه ويمكن أن يقال لأن القضاء لا يخلو إما على حاضر أو على غائب فإذا فتح باب القضاء على الغائب فقد ترك منه النصف بخلاف غيرها من المسائل الخلافية والله تعالى أعلم (قوله والظاهر أنه في حق من يراه إلخ) لم يذكر ما لو كان ممن لا يراه الحنفي ولا شك أنه يجري فيه الكلام المار فيما لو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه من كونه ناسيا أو عامدا وما فيه من الخلاف بين الإمام وصاحبيه واختلاف الترجيح وإن هذا في غير قضاة زماننا قال الرملي في جامع الفصولين قنية مج ليس للقاضي أن يقضي بالفرقة بسبب العجز عن النفقة

وأجاب هو مرارا فيمن غاب عن امرأته وتركها بلا نفقة أنه لو قضى بالفرقة بسبب العجز عن النفقة ينفذ قال وإنما فرقت بين الجوابين إذ الخلاف بيننا وبين الشافعي - رحمه الله تعالى - في حل الإقدام على القضاء فعنده يحل وعندنا لا يحل ولا خلاف في النفاذ فالجواب الأول جواب عن الإقدام والثاني عن النفاذ مع حرمة الإقدام ولا يشترط أن يكون شفعوي المذهب؛ لأنه لا خلاف في نفاذ القضاء. اهـ.

فهو كما ترى صريح في أنه أعم وقوله فيما يأتي بعد أوراق ثلاث وفرقهم بين سبب وبين السبب والشرط أدل دليل على أن قولهم بنفاذ القضاء على الغائب في أظهر الروايتين إنما هو في قضاء الشافعي، وأما الحنفي فلا؛ لأنه حينئذ لا معنى للفرق المذكور يرده ما تقدم من الخلاف في حل الإقدام فتأمل (قوله فإن دعوى الإجماع ليست بصحيحة) أي لما مر من أن الفتوى على عدم النفاذ لكن مر أيضا أن الفتوى على النفاذ وعليه مشى البزازي فيما مر فكلامه هنا مبني عليه تأمل (قوله فالظاهر عندي أن يتأمل إلخ) تمام عبارته مثلا لو طلق امرأته عند العدل فغاب عن البلد ولا يعرف مكانه أو يعرف ولكن يعجز عن إحضاره أو عن أن تسافر إليه هي أو وكيلها لبعده أو لمانع آخر بأن كان لا يرضى أحد بالوكالة وكذا المديون لو غاب عن البلد وله نقد في البلد أو نحو ذلك ففي مثل هذه المواضع لو برهن على الغائب بحيث اطمأن قلب القاضي وغلب ظنه أنه حق لا تزوير ولا حيلة فيه فينبغي أن يحكم على الغائب وللغائب وكذا للمفتي أن يفتي بجوازه." (١)

"حجة في الدفع لا في الاستحقاق والمدعي مستحق والمدعى عليه دافع والظاهر يكفي في الدفع لا في الاستحقاق ويقال أيضا إن تعدد الوجوه لا يكفي الإمكان وإن اتحد يكفي الإمكان والتناقض كما يمنع الدعوى لنفسه يمنع الدعوى لغيره والتناقض يرتفع بتصديق الخصم وبرجوع المتناقض عن الأول بأن يقول تركته وادعى بكذا وبتكذيب الحاكم أيضا كمن ادعى أنه كفل عن مديونه بألف فأنكر الكفالة وبرهن الدائن أنه كفل عن مديونه وحكم به الحاكم وأخذ المكفول له منه المال ثم إن الكفيل ادعى على المديون أنه كفل عنه بأمره وبرهن على ذلك تقبل عندنا ويرجع على المديون بما كفل؛ لأنه صار مكذبا شرعا بالقضاء وكذا إذا استحق المشتري من المشترى بالحكم يرجع على البائع بالثمن وإن كان كل مشتر مقرا بالملك لبائعه لكنه لما حكم ببرهان المستحق صار مكذبا شرعا باتصال القضاء به. اهـ.

ثم اعلم أنهم اختلفوا في اشتراط كون الكلامين عند القاضي فمنهم من شرطه ومنهم من شرط كون الثاني عند القاضي فقط ذكر القولين عند البزازية ولم يرجح وينبغي ترجيح الثاني ومن التناقض ما إذا ادعاه مطلقا ثم بسبب فإذا برهن على السبب لم تقبل ولو ادعاه بالشراء ثم مطلقا ثم ادعى الشراء ثالثا تسمع كذا في البزازية وهذا يدل على أن المتناقض إذا ترك الكلام الأول وأعاد دعوى الثاني تقبل ثم اعلم أن التناقض كما يكون من متكلم واحد يكون من متكلمين كمتكلم واحد حكما كوارث ومورث ووكيل وموكل والأولى في البزازية ولم أر الآن الثانية صريحا وهي ظاهرة من الأولى ثم اعلم أن دعوى الهبة من غير قبض غير صحيحة فلا بد في دعواها من ذكر القبض ولهذا صور المسألة شراح الهداية بأنه ادعى أنه وهبها له وسلمها ثم غصبها منه وذكر العمادي اختلافا في الإقرار بالهبة أيكون إقرار بالقبض قيل نعم؛ لأنه كقبول فيها والأصح لا وأشار المؤلف إلى أنه لو ادعى الشراء أولا ثم برهن على الهبة أو الصدقة فإن وفق فقال جحدني الشراء ثم وهبها مني أو تصدق

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٧/٧

قبل وإلا فلا كما في خزانة الأكمل وفي منية المفتي ادعاها إرثا ثم قال جحدني فاشتريها وبرهن تقبل اهـ.
وقيد بذكر التاريخ لهما؛ لأنه لو لم يذكر لهما تاريخا أو ذكر لأحدهما فقط يقبل لإمكان التوفيق بأن يجعل الشراء متأخرا
وأشار المؤلف إلى مسائل من التناقض إحداها لو ادعى الشراء من أبيه في حياته وصحته فأنكر ولا بينة فحلف ذو اليد
فبرهن المدعي أنه ورثها من أبيه
ــــــــــــــــــ
(قوله وبرجوع المتناقض عن الأول إلخ) ظاهر كلامه أنه من كلام البزازية ولم أره فيها والذي رأيته فيها أوائل كتاب الدعوى في نوع في التناقض والتناقض يرتفع بتصديق الخصم وبتكذيب الحاكم أيضا وظاهر ما ذكره المؤلف في الاستحقاق أنه بحث منه ثم رأيت البزازي ذكر بعد ذلك في نوع في الدفع وذكر القاضي ادعى بسبب وشهدا بالمطلق لا يسمع ولا تقبل لكن لا تبطل دعواه الأولى حتى لو قال أردت بالمطلق المقيد يسمع كما مر إن برهن على أنه له وفي الذخيرة أيضا ادعاه مطلقا فدفعه المدعى عليه بأنك كنت ادعيته قبل هذا مقيدا وبرهن عليه فقال المدعي أدعيه الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع اهـ.
ما في البزازية قال الرملي ربما يشكل عليه ما في البزازية وغيرها ادعى على زيد أنه دفع له مالا ليدفعه إلى غريمه وحلفه ثم ادعاه على خالد وزعم أن دعواه على زيد كان ظنا لا يقبل؛ لأن الحق الواحد كما لا يستوفى من اثنين لا يخاصم مع اثنين بوجه واحد اهـ.
ووجه إشكاله أنه لما قال إن دعواه على زيد كان ظنا فقد ارتفع التناقض والله تعالى أعلم ذكره الغزي وأقول: قد كتبت فرقا في حاشيتي على جامع الفصولين بين فرع البزازي وفرع ذكره فراجعه ويفرق هاهنا بأن فيما ذكره البزازي امتنع ارتفاع التناقض لتعلقه باثنين فلا تصح الدعوى لما ذكره من امتناع مخاصمة الاثنين في حق واحد وهذا منتف في الواحد وهو محل ما في هذا الشرح فتدبر.
(قوله وينبغي ترجيح الثاني) قال في منح الغفار بعد نقله ولم يذكر وجه ترجيحه ولعله؛ لأنه الذي يتحقق به التناقض اهـ.
وقدمنا عن النهر في باب الاستحقاق أنه قال والأوجه عندي اشتراطهما عند الحاكم إذ من شرائط الدعوى كونها لديه ونقل بعض الفضلاء عن العلامة المقدسي ينبغي أن يكفي أحدهما عند القاضي بل يكاد أن يكون الخلاف لفظيا؛ لأن الذي حصل سابقا على مجلس القاضي لا بد أن يثبت عنده ليترتب على ما عنده حصول التناقض والثابت بالبيان كالثابت بالعيان فكأنهما في مجلس القاضي فالذي شرط كونهما في مجلسه يعم الحقيقي والحكمي في السابق واللاحق اهـ.
قلت: وسيأتي في الوكالة أن الوكيل بالخصومة يصح إقراره لو أقر عند القاضي لا عند غيره ولكنه يخرج به عن الوكالة وعند أبي يوسف يصح إقراره مطلقا؛ لأن الشيء إنما يختص بمجلس القضاء إذا لم يكن موجبا إلا بانضمام القضاء إليه كالبينة والنكول ولهما أن المراد بالخصومة الجواب مجازا والجواب يستحق في مجلس الحكم فيختص به فإذا أقر في غيره لا يعتبر لكونه أجنبيا فلا ينفذ على الموكل لكنه يخرج به عن الوكالة؛ لأن إقراره يتضمن أنه ليس له ولاية الخصومة اهـ.

والحاصل أن اختصاصه بمجلس القاضي لكون لفظ الخصومة يتقيد به وهنا ليس كذلك فالذي يظهر ترجيح عدم اشتراط كون الكلامين في مجلس القاضي.." (١)

"ولا يسقط الأجر عن الموكل بحبس الوكيل بخلاف ما إذا غصبها غاصب فإن ثمة لا يجب الأجر على الموكل ولا على الوكيل وفي بعضها يسقط الأجر عن الموكل بحبس الوكيل كذا في الخانية إلى هنا.

والحاصل في مسألة الاختلاف أن عندهما يسقط الثمن بهلاكه وعند أبي يوسف يهلك بالأقل من قيمته ومن الثمن حتى لو كان الثمن أكثر من قيمته رجع الوكيل بذلك الفضل على موكله وعند زفر يضمن جميع قيمته وفي بيوع البزازية وإن نقد الوكيل بالشراء الثمن من ماله ثم لقيه الموكل في بلد آخر والمشتري ليس عنده وطلب منه الثمن فأبى إلا أن يسلم المشتري فإن كان الآمر طالبه بتسليمه حين كان المشتري بحضرتهما ولم يسلمه حتى يقبض الثمن له أن يدفع الثمن حتى يقبض المشتري لأنه امتنع عن تسليم المشتري حال حضرته فلأن يمنع حال غيبته وإن كان الآمر لم يطلبه منه حال حضرة المشتري ليس له أن يمتنع عن دفع الثمن لأنه صار دينا في ذمة الآمر اهـ.

[مفارقة الوكيل في الصرف والسلم]

(قوله وتعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم) فيبطل العقد إن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض لوجود الافتراق عن غير قبض ولا اعتبار بمفارقة الموكل لأنه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وإن كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه ولذا أطلقه المؤلف – رحمه الله – وشمل ما إذا كان الموكل حاضرا أو غائبا وما في النهاية من تقييده بما إذا كان الموكل غائبا أما إذا كان حاضرا لم تعتبر مفارقة الوكيل ضعيف لكون الوكيل أصلا في الحقوق في البيع مطلقا وقيد بالوكيل لأن الرسول فيهما لا تعتبر مفارقته لأن الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه إلى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح واستفيد من وضع المسألة صحة التوكيل بهما لأن كلا منهما مما يباشره الموكل فيوكل فيه وهو في الصرف مطلق من الجانبين وأما في السلم فيجوز من جانب رب السلم بدفع رأس المال أو بقبول السلم كما في الجوهرة ولا يجوز من جانب المسلم إليه بأخذ رأس المال لأن الوكيل إذا قبض رأس المال بقي المسلم فيه في ذمته وهو مبيع

ـــــــQ (قوله وما في النهاية من تقييده إلخ) مثل ما في النهاية في العيني وابن ملك ودرر البحار والجوهرة عن المستصفى وقال الزيلعي بعد نقله عن النهاية وعزاه أي صاحب النهاية إلى خواهر زاده وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل من باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر ثم ذكر فيه أي في النهاية بعده فقال: المعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس وغيبة الموكل لا تضر وعزاه إلى وكالة المبسوط وإطلاقه وإطلاق سائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلا ولو كان حاضرا اهـ.

ورده العيني بأنه ليس بمشكل فإن الوكيل نائب عنه فإذا حضر الأصيل فلا يعتبر النائب اهـ.

تعقبه الحموي بأن الوكيل نائب في أصل العقد أصيل في الحقوق وحينئذ فلا اعتبار بحضرة الموكل اهـ.

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣٥/٧

قلت ومما يتضح به تزييف جواب العيني ما ذكره هو نفسه عند قول المصنف فيما سبق وللمشتري منع الموكل عن الثمن من أن الموكل أجنبي عن العقد وحقوقه لأنها تتعلق بالعاقد على ما بينا اهـ.

كذا في حاشية مسكين وما استشكله الزيلعي استشكله صاحب العناية وذكر في الحواشي السعدية أنه توارد مع الزيلعي في هذا الإشكال ثم نقل عبارة الزيلعي وقال: وعليك بالتأمل.

أقول: وبالله التوفيق: الذي يقطع عرق الإشكال من أصله ما قدمناه عن المنح من أن المعتمد أن العهدة على الموكل دون الوكيل إذا حضر العقد وأنه أصح الأقاويل فكلام الإمام خواهر زاده مبني على هذا لا على ما مشى عليه سابقا من أنها على الوكيل وإن كان الموكل حاضرا وهو منشأ الإشكال وبه اتضح الحال والحمد لله وحده. (قوله ولا يجوز من جانب المسلم إليه يأخذ رأس المال) عبارة الجوهرة بأن وكله يقبل له السلم وعبارة الهداية ومراده التوكيل بالإسلام دون قبول السلم قال الرملي: وقد تواردت الشراح وغيرهم على هذا قال في العناية: واعترض بأن قبول السلم عقد يملكه الموكل والواجب أن يملكه الوكيل حفظا للقاعدة المذكورة عن الانتقاض وبأن التوكيل بالشراء جائز لا محالة والثمن يجب في ذمة الموكل والوكيل مطالب به فلم لا يجوز أن يكون المال للمسلم إليه والوكيل مطالب بتسليم المسلم فيه وأجاب عن الإيرادين بجوابين ردهما الرملي ثم قال: ويختلج في صدري جواب لعله يكون صحيحا إن شاء الله تعالى وهو أنه اختلف العلماء كما قرره في الملك هل يثبت للموكل ابتداء أو للوكيل ثم ينتقل للموكل أثر هذا الاختلاف في المحل شبهة فأوجب عدم الجواز فيما القياس فيه المنع مطلقا احتياطا إذ العقود الفاسدة مجراها مجرى الربا والأمر المتوهم كالمحقق كما في مسألة بيع الزيتون بالزيت فعدم جواز التوكيل من المسلم إليه لما فيه من بيع المسلم فيه قبل القبض عند من يقول: إنه ينتقل من الوكيل للموكل ولاحتماله عند القائل بثبوته ابتداء للموكل لأنه مجتهد فيه وهو محل الاحتمال والفاسد ملحق بالربا والربا يثبت بالشبهة والتوهم اهـ.

وفي حاشية الدر المختار للشيخ خليل الفتال ما نصه وتعقبه بعض حنفية زماننا حيث قال: قوله ولعله يكون صحيحا تختلف فيه الرجال فأحسن التدبير يظهر لك ذلك وحاصله أن بيع المسلم فيه قبل قبضه إنما يتأتى لو كان الوكيل من طرف رب السلم والمسألة في الوكيل من طرف المسلم إليه وأي بيع للمسلم فيه قبل قبضه نعم يمكن أن يكون المستفاد من هذا التقرير ما هو الحامل لتصحيح المشايخ القول بثبوت الملك للموكل ابتداء إذ على مقابله وهو القول بالانتقال يشكل صحة التوكيل بالإسلام لما فيه من بيع المسلم قبل قبضه اهـ.." [1]

"منه الباقي قال بعضهم: يهلك من مال المديون وقال بعضهم من مال الطالب وهذا أصح لأن أمره بالشراء بمنزلة قبضه اهـ.

لأن ما في القنية فيما إذا سبق توكيل الطالب وما في الواقعات الحسامية سبق توكيل المطلوب كما لا يخفى وإلى أن الوكيل بالبيع إذا كفل عن المشتري بثمن ما باعه لم تجز وتجوز كفالة الوكيل بالقبض والوكيل بالنكاح بالمهر لاندفاع التنافي بصرف الحقوق عنه كما علم في التلخيص وإذا صحت كفالة الوكيل بالقبض بطلت وكالته كما في المعراج.

والحاصل أن الكفالة بالمال مبطلة للوكالة تقدمت الكفالة أو تأخرت لكونها أقوى من الوكالة وهاهنا ثلاث مسائل لم أرها

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٥٧/٧

الآن صريحة وسئلت عنها: الأولى هل تصح كفالة الوصي عن مديون الميت؟ الثانية هل تصح كفالة الناظر مستأجر الوقف بالأجرة الثالثة هل يصح توكيل الدائن وصي المديون بالقبض من تركة المديون ومقتضى ما قدمناه أن يفصل في كفالة الوصي والناظر فإن بشيء وجب بعقده لم تصح وإلا صحت لأن كلا منهما وكيل وهذا حكم الوكيل وأما الثالثة فينبغي صحة الوكالة ويقيم القاضي وصيا لسماع الدعوى والبرهان أخذا من قولهم لو ادعى الوصي دينا على الميت قال في الخانية: يقيم القاضي وصيا لسماع البينة فإذا انتهى الأمر كان الأول وصيا على حاله وعليه الفتوى اهـ.

(قوله ومن ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه إليه) لأنه أقر على نفسه لأن ما يقبضه خالص ماله وسيأتي في الكتاب حكم ما إذا ادعى الإيفاء وقد تقدم أن الوكيل بقبض الدين وكيل بالمبادلة والتمليك والتملك فلا **إشكال** في صحة التوكيل به وبه سقط ما في الذخيرة من السؤال **والجواب** كما لا يخفى وقول الشارح هذا سؤال حسن **والجواب** غير مخلص إلخ غفلة عما قدمه والمراد بأمره جبره عليه كما في السراج الوهاج (قوله فإن حضر الغائب فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانيا) لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر ذلك والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الأداء إن لم يجز استيفاء حال قيامه (قوله ورجع به على الوكيل لو باقيا) أي رجع الدافع بما قبضه الوكيل إن كان باقيا في يده لأنه ملكه وانقطع حق الطالب عنه أطلقه في البقاء فشمل البقاء الحكمي بأن استهلكه الوكيل فإنه باق ببقاء بدله ولذا قال في الخلاصة وإن استهلكه ضمن مثله فإن ادعى الوكيل هلاكه أو دفعه إلى الموكل حلفه على ذلك وإن مات الموكل وورثه غريمه أو وهبه له وهو قائم في يد الوكيل أخذه منه في الوجوه كلها وإن كان هالكا ضمنه إلا إذا صدقه على الوكالة.

(قوله وإن ضاع لا) أي ضاع المقبوض في يد الوكيل فلا رجوع عليه لأنه بتصديقه اعترف أنه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الأخذ والمظلوم لا يظلم غيره وأورد عليه أن أحد الابنين إذا صدق المديون في دعواه الإيفاء للميت وكذبه الآخر ورجع المكذب عليه بالنصف فإن للمديون الرجوع على المصدق بالنصف إن كان للميت تركة غير الدين مع أنه في زعمه أن المكذب ظالم وأجيب بأن الرجوع على المصدق لكونه أقر على أبيه بالدين (قوله إلا إذا ضمنه عند الدفع) لأن المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان قالوا: ويجوز في ضمنه التشديد والتخفيف فمعنى التشديد أن يضمن الغريم الوكيل فالضمير المستتر عائد إلى الغريم والبارز إلى الوكيل ومعنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذي أخذه وصورته أن يقول الغريم للوكيل: أنت وكيله لكن لا آمن أن يجحد الوكالة ويأخذ مني ثانيا

ـــــــــــــــــــ (قوله وأما الثالثة فينبغي إلخ) قال الرملي: ينبغي تخصيص هذا بما إذا كانت الورثة كلهم صغارا أما إذا كان فيهم كبير فادعى الوصي عليه بالوكالة عن الدائن لا يحتاج إلى إقامة وصي وهي واقعة الفتوى تأمل.

(قول المصنف فصدقه الغريم) قال الرملي: احترز به عما إذا لم يصدقه بأن كذبه أو سكت كما سيصرح به هذا الشارح في شرح قوله أو لم يصدقه على الوكالة (قوله وبه سقط ما في الذخيرة من السؤال **والجواب**) قال الزيلعي: وفي المسألة نوع **إشكال** وهو أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لأن الديون تقضى بأمثالها فما قبضه رب الدين من المديون

يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك فالتقيا قصاصا والتوكيل بالاستقراض لا يصح **والجواب** أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لأنه لا بد للوكيل بقبض الدين من إضافة القبض إلى موكله بأن يقول: إن فلانا وكلني بقبض ما له عليك من الدين ولا بد للرسول في الاستقراض من الإضافة إلى المرسل بأن يقول: أرسلني إليك وقال لك: أقرضني فصح ما ادعينا هذا رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة وهكذا ذكره في النهاية وعزاه إلى الذخيرة وهذا سؤال حسن **والجواب** غير مخلص على قول أبي حنيفة فإنه لو كان رسولا لما كان له أن يخاصم اهـ.
(قوله الذي أخذه) أي الذي أخذه الدائن من الغريم لا الذي أخذه كما يأتي التنبيه عليه.." (١)

"فلا خصومة كما في خزانة الأكمل وظاهر قوله دفعت أن المدعى عليه لا يحلف المدعي أنه لا يلزمه تسليمه إليه، ولم أره الآن، وأطلق في اندفاعها فيما ذكر فشمل ما إذا صدق ذو اليد على دعوى الملك ثم دفعه بما ذكر فإنها تندفع كما في البزازية، وفي البزازية، وإن ادعى ذو اليد الوديعة، ولم يبرهن عليها، وأراد أن يحلف أن الغائب أودعه عنده يحلف الحاكم المدعى عليه بالله تعالى لقد أودعها إليه على البتات لا على العلم؛ لأنه، وإن كان فعل الغير لكن تمامه به، وهو القبول، وإن طلب المدعى عليه يمين المدعي فعلى العلم بالله ما يعلم إيداع فلان عنده؛ لأنه فعل الغير، ولا تعلق له به، وفي الذخيرة لا يحلف ذو اليد على الإيداع؛ لأنه يدعي الإيداع، ولا حلف على المدعي، ولو حلف أيضا لا يندفع، ولكن له أن يحلف المدعي على عدم العلم. اهـ.

وقيدنا بكون المدعي ادعاه ملكا مطلقا يعني فقط للاحتراز عما إذا ادعى عبدا أنه ملكه، وأعتقه فدفعه المدعى عليه بما ذكر وبرهنا فإنه لا تندفع ويقضى بالعتق على ذي اليد فإن جاء الغائب وادعى أنه عبده، وأنه أعتقه يقضى به فلو ادعى آخر أنه عبده لم يسمع وكذا في الاستيلاد والتدبير، ولو أقام العبد بينة أن فلانا أعتقه، وهو يملكه فبرهن ذو اليد على إيداع فلان الغائب بعينه يقبل وبطلت بينة العبد فإذا حضر الغائب قيل للعبد أعد البينة عليه فإن أقامها قضينا بعتقه، وإلا رد عليه، ولو قال العبد أنا حر الأصل قبل قوله: ولو برهن ذو اليد على الإيداع، ولا ينافيه دعوى حرية الأصل فإن الحر قد يودع وكذا الإجارة والإعارة.

وأما في الرهن قال بعضهم الحر قد يرهن، وقال بعضهم لا يرهن فتعتبر العادة كذا في خزانة الأكمل، ولم أر حكم ما إذا ادعى أن الدار وقف عليه فدفعه ذو اليد بما ذكر، ومقتضى قولهم إن دعوى الوقف من قبيل دعوى الملك المطلق أن تندفع إذا برهن، وقيدنا بكون القاضي لم يقض ببينة المدعي؛ لأن القاضي لو قضى ببينة المدعي ثم برهن ذو اليد على ما ذكر لم تسمع كذا في خزانة الأكمل والفصول وسواء كان بعد دعوى الإيداع قبل البرهان أو قبل دعواه كما في البزازية، وقيد بكون المدعى عليه اقتصر على الدفع بما ذكر للاحتراز عما إذا زاد، وقال كانت داري بعتها من فلان، وقبضها ثم أودعنيها أو ذكر هبة، وقبضا لم تندفع إلا أن يقر المدعي بذلك أو يعلمه القاضي، ولو ادعى المدعي ثم قاما إلى إحضار البينة فقال المدعى عليه إني وهبتها من فلان فسلمتها إليه ثم أودعنيها وغاب لم يسمع وكذا في البيع إلا أن يقر المدعي أو يعلم القاضي فلو برهن المدعي ثم صنع المدعى عليه بيعا أو هبة قبل القضاء لم تندفع سواء أقر به المدعي أو علمه القاضي أو قامت به

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٨٣/٧

بينة كذا في خزانة الأكمل.

ثم اعلم أنه في المسائل المخمسة لو شهدوا أنها لفلان الغائب فقط لم تقبل، ولو شهدوا على إقرار المدعي أنه لفلان الغائب اندفعت كما في البزازية، وأفاد المؤلف **بجواب** المدعى عليه أنه لو أجاب بأنها ليست لي أو هي لفلان، ولم يزد لا يكون دفعا، ولم يذكر المؤلف دفع الدفع

ـــــــــهِ (قوله: وظاهر قوله دفعت أن المدعى عليه لا يحلف للمدعي إلخ) فيه نظر فإنه بعد البرهان كيف يتوهم وجوب الحلف أما قبله فسيذكر عن البزازية أنه يحلف على البتات وعن الذخيرة أنه لا يحلف اللهم إلا أن يقال إن المؤلف لاحظ أنه يمكن قياسه على مديون الميت تأمل (قوله: فشمل ما إذا صدق ذو اليد على دعوى الملك) قال في جامع الفصولين (شح) قال ذو اليد إنه للمدعي إلا أنه أودعني فلان تندفع الخصومة لو برهن، وإلا فلا (فش) لا تندفع الخصومة إذا صدقه أقول: فعلى إطلاقه يقتضي أن لا تندفع ولو برهن على الإيداع، وفيه نظر. اهـ.

(قوله: قال بعضهم الحر قد يرهن إلخ) قال الرملي قالوا الحر لا يجوز رهنه؛ لأنه غير مملوك وأقول: فلو رهن رجل قرابته كابنه أو أخيه على ما جرت به عادة السلاطين فلا حكم له لقوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣] .

والحر لا تثبت عليه اليد قال بعضهم ورأيت في مصنف ابن أبي شيبة عن إبراهيم وهو النخعي قال إذا رهن الرجل الحر فأقر بذلك كان رهنا حتى يفكه لذي رهنه أو يفك نفسه وجه كلام النخعي المؤاخذة بإقراره (قوله: ومقتضى كلامهم أن دعوى الوقف إلخ) قال الرملي هذا مما لا يشك فيه إذ هو داخل تحت إطلاق المتون والشروح والفتاوى فإن أحدا لم يقيده بالملك وانظر في عبارة هذا المتن فإنها صريحة فيه فقوله: ولم أر إلخ مستدرك مع هذا الإطلاق المذكور وسينقله بعينه قريبا عن الإسعاف في أواخر الورقة الثانية تأمل والله تعالى أعلم. اهـ.

يعني: أول الفصل الآتي.

(قوله: لأن القاضي لو قضى ببينة المدعي إلخ) قال في نور العين يقول الحقير فيه **إشكال** سيأتي في أواخر هذا الفصل نقلا عن (ذ) أنه كما يصح الدفع قبل الحكم يصح بعده أيضا ولعله بناء على أن الدفع بعد الحكم لا يسمع، وهو خلاف القول المختار كما سيأتي أيضا هناك والله أعلم. اهـ.

وسيأتي عين هذا **الإشكال** في كلام المؤلف قريبا، وقد يجاب بأنه إذا لم يدع الإيداع أو ادعاه ولم يبرهن عليه لم يظهر أن يده ليست يد خصومة فتوجهت عليه دعوى الخارج وصح الحكم بها بعد إقامة البينة على الملك؛ لأنها قامت على خصم ثم إذا أراد المدعى عليه أن يثبت الإيداع لا يمكنه؛ لأنه صار أجنبيا يريد إثبات الملك للغائب، وإيداعه فلم تتضمن دعواه إبطال القضاء السابق والدفع إنما يصح إذا كان فيه برهان على إبطال القضاء كما سنذكره قريبا ولما لم يقبل برهانه ولا دعواه لما قلنا لم يظهر بطلان القضاء وعلى هذا لا ترد المسألة على القول المختار فليتأمل. (قوله: لو شهدوا أنها لفلان الغائب فقط) أي ولم يشهدوا بالإيداع كما صرح به في الخلاصة." (١)

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢٣٠/٧

"إليه التزويج وأنه لم يكن لها ولي كما في البزازية ثم اعلم أن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء ويوم القتل يدخل هكذا في العمادية والظهيرية والولوالجية والبزازية وغيرها وفرعوا على الأول ما لو برهن الوارث على موت مورثه في يوم ثم برهنت امرأة على أن مورثه كان نكحها بعد ذلك اليوم يقضى لها بالنكاح وعلى الثاني لو برهن الوارث على أنه قتل يوم كذا فبرهنت المرأة على أن هذا المقتول نكحها بعد ذلك اليوم لا يقبل وعلى هذا جميع العقود والمداينات وكذا لو برهن الوارث على أن مورثه قتل يوم كذا فبرهن المدعى عليه أنه مات قبل هذا بزمان لا يسمع ولو برهن على أن مورثه قتل يوم كذا فبرهن المدعى عليه أنه قتله فلان قبل هذا بزمان يكون دفعا لدخوله تحت القضاء هذه عبارة البزازية وزاد الولوالجي موضحا للثانية بقوله ألا ترى أن امرأة لو أقامت البينة أنه تزوجها يوم النحر بمكة فقضى بشهودها ثم أقامت أخرى بينة أنه تزوجها يوم النحر بخراسان لا تقبل بينة المرأة الأخرى لأن النكاح يدخل تحت القضاء فاعتبر ذلك التاريخ فإذا ادعت امرأة أخرى بعد ذلك التاريخ بتاريخ لم يقبل اهـ.

وفي الظهيرية ادعى ضيعة في يد رجل أنها كانت لفلان مات وتركها ميراثا لفلانة لا وارث له غيرها ثم أن فلانة ماتت وتركتها ميراثا لي لا وارث لها غيري وقضى القاضي له بالضيعة فقال المقضي عليه دفعا للدعوى إن فلانة التي تدعي أنت الإرث عنها لنفسها ماتت قبل فلان الذي تدعي الإرث عنه لفلانة اختلفوا فيه بعضهم قالوا إنه صحيح وبعضهم قالوا إنه غير صحيح بناء على أن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء اهـ.

وفيها قبله بعدما ذكر الفرق بين يوم الموت ويوم القتل قال غير أن مسألة أخرى ترد **إشكالا** على هذا وهي أن الرجل إذا ادعى على رجل أنه قتل أباه عمدا بالسيف منذ عشرين سنة وأنه وارثه لا وارث له سواه وأقام البينة على ذلك فجاءت امرأة ومعها ولد وأقامت البينة أن والد هذا تزوجها منذ خمسة عشر سنة وأن هذا ولده منها ووارثه مع ابنه هذا قال أبو حنيفة أستحسن في هذا أن أجيز بينة المرأة وأثبت نسب الولد ولا أبطل بينة الابن على القتل وكان هذا الاستحسان للاحتياط في أمر النسب بدليل أنها لو أقامت البينة على النكاح ولم تأت بالولد فالبينة بينة الابن وله الميراث دون المرأة وهذا قول أبي يوسف ومحمد اهـ.

فقد علمت مما في الظهيرية استثناء مسألة من قولهم يوم الموت لا يدخل تحت القضاء على قول البعض واستثناء مسألة من قولهم يوم القتل يدخل فافهم وفي القنية من باب دفع الدعوى ادعى عليه شيئا أنه اشتراه من أبيه منذ عشر سنين والأب ميت للحال فأقام ذو اليد البينة أنه مات منذ عشرين سنة تسمع وقال عمر الحافظ لا تسمع قال أستاذنا – رضي الله عنه – والصواب **جواب** الحافظ فينبغي أن يحفظ فإنه كان يحفظ أن زمان الموت لا يدخل تحت القضاء اهـ.

وهي ثانية تستثنى على قول البعض من قولهم يوم الموت لا يدخل أن زمان الموت لا يدخل وفي خزانة الأكمل بعدما ذكر أن يوم الموت لا يدخل ويوم القتل يدخل قال ولو أقام رجل البينة أن هذا قتل أبي يوم النحر بمكة وأقام أخو هذا المدعي بينة على رجل آخر أنه قتل أبي يوم النحر بالكوفة جازت ويحكم لكل واحد منهما بنصف الدية أما لو كان القاتل واحدا والمقتول اثنين لم تقبل ذكره في نوادر ابن رستم عن محمد اهـ.

ثم قال ولو أقام رجل البينة أنه قتل أبي منذ سنة وأقام المشهود عليه بينة أن أباه صلى بالناس الجمعة الماضية قال أبو حنيفة

الأخذ بالأحدث أولى إن كان شيئا مشهورا اهـ.

ـــــــــــهـ (قوله وزاد الولوالجي) قال الرملي أي في كتاب القضاء في أواخر الفصل الرابع وقوله موضحا للثانية يعني دعوى المرأة النكاح بعد ثبوت القتل في يوم كذا (قوله فإذا ادعت امرأة أخرى بعد ذلك التاريخ إلخ) قال الرملي وجه الشبه بين المسألتين أن تاريخ برهان المرأة على نكاح المقتول مخالف لتاريخ القتل إذ لا يتصور بعد قتله أن ينكح كما أن نكاح الثانية له يوم النحر بخراسان لا يتصور مع نكاح الأولى له يومه بمكة فهو مخالف من هذه الحيثية فأشبهت هذه المسألة الأولى في المخالفة وكل من النكاح والقتل يدخل تحت الحكم فتأمل (قوله وفي الظهيرية ادعى ضيعة في يد رجل إلخ) قال الرملي إذا كان الموت مستفيضا علم به كل صغير وكبير وكل عالم وجاهل لا يقضى له ولا يكون بطريق أن القاضي قبل البينة على ذلك الموت بل يكون بطريق التيقن بكذب المدعي ارجع إلى التتارخانية من كتاب الشهادة في الفصل الثامن عشر يظهر لك صحة ما قلته.

(قوله ولا أبطل بينة الابن على القتل) قال الرملي الظاهر أن حرف النفي زائد ولم يذكره في التتارخانية وعبارته ولو أقام رجل البينة أن هذا الرجل قتل أباه منذ عشرين سنة وأقامت المرأة البينة أنه تزوجها منذ خمسة عشر سنة وأن هؤلاء أولاده منها استحسن أبو حنيفة – رحمه الله – أن أجاز بينة المرأة وأثبت النسب وأبطل بينة الابن على القتل والقياس أن يقضى ببينة القتل. اهـ.

(قوله أما لو كان القاتل واحدا والمقتول اثنين لم تقبل) قال الرملي يعني لو ادعى أن هذا قتل أبي زيدا يوم النحر بمكة وادعى آخر أنه قتل عمرا يوم النحر بالكوفة لا يجوز ولا يحكم لواحد منهما (قوله الأخذ بالأحدث أولى إن كان شيئا مشهورا) قال الرملي وهذا يقيد به." (١)

"ومن حمل طعاما مشتركا بينه وبين غيره لا يستحق الأجر هذا؛ لأنه لا يعمل شيئا لشريكه عما لا يقع بعضه لنفسه فلا يستحق الأجر، هكذا قالوا قال الشارح وفيه **إشكالان** أحدهما أن الإجارة فاسدة والأجرة لا تملك إلا في الصحيحة منها بالعقد سواء كانت عينا أو دينا على ما بينا فكيف تملك هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل، الثاني أنه قال ملكه في الحال.

وقوله لا يستحق الأجر ينافي الملك؛ لأنه لا يملك إذا ملك بطريق الإجارة فإذا لم يستحق فكيف يملك وبأي سبب يملك **والجواب** عن الأول أنه ملك هنا بالتعجيل والتسليم كما صرح هو به في تقريره وصرح به صاحب النهاية ومعراج الدراية حيث قالا ودفع إليه **والجواب** عن الثاني أنه لا منافاة بين قوله ملكه في الحال وبين قوله لا يستحق الأجرة ولا يجب؛ لأن معنى ملكه في الحال يعني ابتداء بموجب العقد وتسليم الأجر إلى الأجير بالتعجيل ومعنى لا يستحق الأجر لبطلان العقد قبل العمل بعد أن ملك الأجر بالتسليم بسبب أنه صار شريكا في الطعام قال في النهاية لو قال احمل لي هذا الكر إلى بغداد بنصفه فإنه لا يكون شريكا وتفسد الإجارة؛ لأنه في معنى قفيز الطحان وللأجير أجر مثله إن وصل إلى بغداد لا يتجاوز المسمى ومشايخ بلخ والنسفي جوزوا حمل الطعام ببعض المحمول ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل أهل بلادهم

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢٣٦/٧

بذلك، والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ومشايخنا - رحمهم الله - لم يجوزوا ذلك وقالوا هذا التخصيص تعامل أهل بلدة واحدة وبه لا يخص الأثر والحيلة في جوازه أن يشترطا قفيزا مطلقا فإذا عمل استحق الأجرة وفي الغياثية دفع إلى حائك ثوبا لينسجه بنصفه أو بثلثه أو ربعه فالإجارة فاسدة عند علمائنا وبه أفتى الإمام السرخسي والسيد الإمام الشهيد. ومشايخ بلخ يفتون بالجواز لعرف بلادهم وفي الظهيرية وبه أخذ الفقيه أبو الليث وشمس الأئمة الحلواني والقاضي أبو علي النسفي. اهـ.

وفي التتارخانية لو استأجر ثورا ليطحن له إردبا ببعض منه أو حمارا ليحمل له إردبا ببعض منه فالإجارة فاسدة، ولو استأجر حانوتا بنصف ما ربح فيه فالإجارة فاسدة وفي المحيط لو استأجر حائكا لينسج هذا الثوب بنصفه على أن يزيد رطلا من عنده فنسج وزاد فله أجر مثل عمله ويضمن صاحب الثوب للحياك رطلا من الغزل، وأما الثالث وهو ما إذا استأجره لينجز له طول النهار بدرهم؛ فلأن ذكر الوقت يوجب كون المعقود هو المنفعة وذكر العمل يوجب كون العمل هو المعقود عليه ولا ترجيح لأحدهما على الآخر فإن وقع على المنفعة استحق الأجر بمضي الوقت عمل أو لم يعمل وإن وقع على العمل لا يستحق إلا بالعمل فيفسد العقد وهو قول الإمام، وقالا العقد جائز ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى إذا فرغ منه نصف النهار فله الأجر وإن لم يعمل في اليوم فعليه أن يعمل في الغد، وذكر اليوم للتعجيل فصار كما إذا استأجره للعمل على أن يفرغ منه في هذا اليوم يجوز بالإجماع والفرق للإمام هنا أن اليوم لم يذكر هنا إلا لإثبات صفة في العمل، والصفة تابعة للموصوف غير مقصودة بالذات وفي مسألة الكتاب ذكر اليوم قصدا وفي الغياثية لو استأجره ليخيط له هذا الثوب قميصا اليوم بدرهم لم يجز عند الإمام، ولو قال ليخيط ولم يذكر الوقت يجوز، ولو قال ليخيطه قميصا ويفرغ في اليوم جاز.

ولو قال بشرط أن يفرغ أو على أن يفرغ في اليوم لم يجز فإن قلت ورد في باب الراعي إذا جمع بين المدة والعمل يعتبر الأول قال في المحيط: لو استأجره شهرا ليرعى غنمه بدرهم أوقع العقد على العمل لما قدم ذكر العمل على الوقت والعلة التي اقتضت فساد العقد في مسألة الجمع بين المدة والعمل فمقتضى النظر أن يفسد في الراعي كما في مسألة الكتاب ويجوز في مسألة الكتاب كما جاز في مسألة الراعي ترجيحا للمقدم في الذكر وما الفارق بينهما، أقول: الفارق بينهما قال في الأصل والأصل عند الإمام أنه إذا جمع بين الوقت والعمل إنما يفسد العقد إذا ذكر كل واحد منهما على وجه لا يصلح أن يكون معقودا عليه؛ لأن ذكر الوقت والعمل على وجه لا يجوز إفراد العقد عليه لا يفسد العقد بيانه إذا استأجر رجلا يوما ليبني له بالجص والآجر جاز بلا خلاف وإن جمع بين الوقت والعمل فكان ذكر البناء لبيان نوع العمل، وهذا العمل في هذه المسألة لا يجوز إفراد العقد عليه حتى لو ذكر العمل على وجه يجوز إفراد العقد عليه فإن بين قدر البناء لا يجوز ذلك عند الإمام اهـ.

فعلى مسألة الخبز بين قدر المحل تفسد وفي مسألة الراعي لم يبين قدر الغنم المرعي فلا يفسد والحمد لله الذي هدانا لهذا، وعن محمد." (١)

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢٧/٨

"ملكه فصح وصار نائبا عنه وصار فعله منقولا إليه؛ لأنه فعله بنفسه؛ ولأن البدل ليس بمقابلة العمل بدليل أنه يستحق الأجر وإن لم يعمل، وهذا؛ لأن المبيع منفعته وهي سليمة وإنما الخرق في العمل الذي هو تسليم المنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن يضمن شيئا ما هو عليه فلا يشترط فيه السلامة فلا يضمن ما تلف إلا إذا تعمد الفساد فيضمن بالتعدي كالمودع وفي المحيط وعلى هذا التفصيل أما في الضمان تلميذ القصار وأجيره سائر الصنائع.

قال – رحمه الله – (وصح ترديد الأجير بترديد العمل في الثوب نوعا وزمانا في الأول) يعني يجوز أن يجعل الأجر مترددا بين تسميتين ويجعل العمل مترددا في الثوب بين نوعي العمل بأن يقول إن خطت فارسيا فبدرهم أو روميا فبدرهمين أو صبغته بعصفر فبدرهم وبزعفران فبدرهمين، أو يجعل العمل مترددا بين زمانين بأن يقول إن خطته اليوم فبدرهمين وإن خطته غدا فبنصف درهم يجوز في الأول دون الثاني وهو معنى قوله وزمانا في الأول، ويجوز التردد بين ثلاثة أشياء ولا يجوز بين أكثر كما تقدم، ولو قال المؤلف – رحمه الله تعالى – وصح ترديد الأجر بترديد العمل نوعا وزمانا في الأول فيما دون الأربعة لكان أولى؛ لأنه يفهم من الإطلاق أنه يصح في أكثر من الأربعة، وهذا خيار التعين إلا أنه لا بد في البيع من اشتراط الخيار وفي الإجارة لا يشترط ذلك والفرق أن تحقيق الجهالة في البيع لا يرتفع إلا بإثبات الخيار بخلاف الإجارة واستشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال: أقول: الجهالة التي في طرف الأجرة ترتفع كما ذكر أما التي في طرف العين المستأجرة فهي ثابتة وتفضي إلى المنازعة فينبغي أن لا يصح بدون شرط اليقين اهـ.
وهذا التفصيل في الزمان قول الإمام، وقالا الشرطان جائزان، وقال زفر الشرطان فاسدان؛ لأن الخياطة شيء واحد، وقد ذكر لمقابلته بدلان فيكون مجهولا ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت وغدا للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان وللإمام في الأول قال فارسيا وروميا فسمى نوعين معلومين من العمل وسمى لكل منهما بدلا معلوما فيجوز للإمام أيضا إذا كان الترديد في الزمان إن ذكر اليوم للتعجيل والغد للإضافة والكلام لحقيقته حتى يقوم دليل المجاز، وقد قام الدليل على إرادة المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل؛ لأن مرادهما الصحة وهو متعين في المجاز؛ لأن تعين العمل مع التوقيت مفسد فإن تعين العمل يوجب كونه أجيرا مشتركا وتعين الوقت يوجب كونه خاصا وبينهما تفاوت فلا يجتمعان، فتعين المجاز كي لا يفسد فحملاه على التعجيل وفي الغد لم يقم الدليل على إرادة المجاز، بل قام الدليل على إرادة الحقيقة وهو الإضافة يعني في التعليق فتركاه على حقيقته فإذا كان ذكر اليوم للتعجيل وذكر غد للإضافة لم يجتمع في اليوم إلا نسبة واحدة فلم يفسد فإذا خاطه اليوم فله الدراهم، واجتمع في غد تسميتان فوجب حمله على الإضافة.
وهذا يناقض ما قدمه من أنه إن كان العمل أولا فالزمان لغو أو الزمان أولا فالعمل لغو فهو في الأول أجير مشترك وفي الثاني أجير خاص فإذا خاطه في غد فله أجر مثله لا يزاد على نصف درهم بخلاف الفارسية والرومية؛ لأنهما عقدان مختلفان لم يجتمعا فافترقا ويشكل على ما علل به في اليوم والغد مسألة الراعي فإنها جمع فيها بين ذكر الوقت والعمل وتصح الإجارة بالاتفاق ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول أحد، بل يعتبر أجيرا مشتركا إن وقع ذكر العمل أولا وأجيرا وحده إن وقع ذكر الوقت أولا كما ذكر في الذخيرة والمحيط قال صاحب الكافي وفي المسألة **إشكال** على قول الإمام حيث جعل ذكر اليوم للتعجيل ها هنا حتى أجاز العقد وفي مسألة الخياط جعله للتوقيت وأفسد العقد.

والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة ولم نعمم هناك وكان التوقيت مرادا ففسد العقد، وقوله ترديد الأجرة قيد اتفاقي؛ لأنه لا فرق بين ترديد الأجرة ونفيها لما قال في المحيط البرهاني لو قال إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلا أجر لك، قال محمد في الإملاء إن خاطه في اليوم الأول فله درهم وإن خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزاد على درهم في قولهم جميعا؛ لأن إسقاط الأجر في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الأول، ونفي التسمية في اليوم الأول لا ينفي أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقد لا تسمية فيه فيجب أجر المثل اهـ.

بلفظه، وفي التتارخانية بعد أن ذكر هذا الفرع هذا إذا جمع بين الأمرين فلو أفرد العقد على اليوم بأن قال إن خطته اليوم فلك درهم ولم يزد على هذا فخاطه في الغد لم." (١)

"للمستأجر فظاهر؛ لأنه لا **إشكال** فيه؛ لأنه ليس فيه إلا دفع الاستحقاق، والظاهر يصلح له فإن كان يشهد للمؤجر ففيه **إشكال** من حيث إنه يستحق الأجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق **وجوابه** أنه يستحق بالسبب السابق وهو العقد وإنما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره إلى ذلك الوقت فلم يكن مستحقا بمجرد الظاهر.

وهذا لأنهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب فقد أقر بالوجوب عليه، وإذا أنكره يكون متعرضا لنفيه فلا يقبل إلا بحجة وعلى هذا لو أعتق جارية ولها ولد فقالت أعتقتني قبل ولادتي فهو حر، وقال المولى أعتقتها بعده فهو رقيق فالقول قول من الولد في يده؛ لأن الظاهر يشهد له، وكذا لو با ع نخلا فيه ثمرة واختلفا في الثمرة معها كان القول قول من في يده الثمرة، وهذا كله إذا اتفقا على قدر الأجرة واختلفا في الوجوب فلو اختلفا في قدر الأجرة واتفقا في الوجوب قال في فتاوى قاضي خان، ولو اختلفا في الأجر فقال الصباغ عملته بدرهم، وقال صاحب الثوب بدانقين فأيهما أقام البينة قبلت بينته وإن أقاماها فبينة الصباغ وإن لم يكن لهما بينة ينظر ما زاد الصبغ في قيمة الثوب فإن كان درهما أو أكثر يؤخذ بقول الصباغ فيعطي درهما بعد يمينه بالله ما صبغه بدانقين وإن كان ما زاد الصبغ فيه أقل من دانقين كان القول قول رب الثوب مع يمينه على ما ادعى الصباغ فإن كان يزيد في قيمة الثوب نصف درهم يعطي الصباغ نصف درهم مع يمينه كما تقدم وإن كان ينقص الصبغ الثوب كان القول قول صاحب الثوب اهـ.

قال في المحيط وغيره: وإذا اختلف شاهدا الأجرة في مقدارها إن كانت الحاجة إلى القضاء بالعقد قبل استيفاء المعقود عليه فالشهادة باطلة سواء كان يدعي أقل المالين أو أكثرهما فإن كانت الحاجة إلى القضاء بالدين بأن وقع الاختلاف بعد الاستيفاء، وقد تقدم ولو اختلفا في نفس المنفعة فشهد أحدهما بالركوب والآخر بالحمل أو قال أحدهما بزعفران، وقال الآخر بعصفر لم تقبل الشهادة هذا إن اتفقا على العين المؤجرة فلو اختلفا فيها قال في المحيط، ولو اختلفا في العين المؤجرة بأن قال المؤجر أجرتك هذه الدابة، وقال المستأجر بل هذه يتحالفان، ولو اختلفا في جنس الأجرة وأقاما البينة وكل بينة تثبت الزيادة تقبل بينة كل فيما يدعيه، ولو اختلفا في المسافة فقال أحدهما مثلا في ديارنا إلى الخانكا، وقال الآخر إلى بلبيس يتحالفان وأيهما أقام البينة تقبل بينته وإن أقاماها جميعا أخذ ببينة رب الدابة في إثبات الأجرة وببينة المستأجر في

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣٥/٨

إثبات زيادة المسافة.

قال – رحمه الله – (والقول لرب الثوب في القميص والقباء والحمرة والصفرة والأجر وعدمه) يعني إذا اختلف رب الثوب والخياط في المخيط بأن قال رب الثوب أمرتك أن تعمل قباء، وقال الخياط قميصا أو في لون الصبغ بأن قال رب الثوب أحمر، وقال الصباغ أصفر أو في الأجرة بأن قال صاحب الثوب عملته بغير أجرة، وقال الصباغ بأجرة كان القول قول رب الثوب، وظاهر العبارة أنه لا فرق بين كون رب الثوب معروفا بلبس ما نفاه أو لا والذي يقتضيه النظر إن كان معروفا بلبس ما نفاه أن يكون القول قول الخياط وإن لم يكن معروفا أو جهل الحال يكون القول قول رب الثوب أما إذا اختلفا في الخياطة والصبغ؛ فلأن الإذن يستفاد منه فهو أعلم بكيفيته؛ لأنه إذا أنكر الإذن أصلا كان القول قوله، فكذا إذا أنكر وصفه؛ لأن الوصف تابع للأصل لكنه يحلف؛ لأنه ادعى عليه شيئا لو أقر به لزمه فإذا أنكره يحلف فإذا حلف فالخياط ضامن وصاحب الثوب مخير إن شاء ضمنه ثوبا غير معمول ولا أجر له أو قيمته معمولا وله أجر مثله لا يجاوز به المسمى على ما بينا، وعن محمد أنه يضمن ما زاد الصبغ فيه لا يقال هذه مكررة مع قوله، ولو اختلفا في الإجارة قبل الاستيفاء إلى آخره؛ لأنا نقول هناك اتفقا على نوع العمل واختلفا في الأجرة وهنا اتفقا على الأجرة واختلفا في نوع العمل فلا تكرار. وأما إذا اختلفا في الأجرة؛ فلأن المستأجر ينكر تقوم عمله ووجوب الأجر، والصباغ يدعيه فكان القول للمنكر، وهذا قول الإمام، وقال الثاني إن كان الصابغ حريفا له أي معاملا له بأن كان يدفع إليه شيئا للعمل ويقاطعه عليه فله الأجر وإلا فلا، وقال محمد إن كان الصابغ معروفا بهذه الصنعة بالأجرة كان القول قوله وإلا فلا؛ لأنه لما فتح الدكان لذلك جرى ذلك مجرى التنصيص عليه اعتبارا بظاهر المقاصد وقولهما استحسان والقياس قول الإمام والفتوى على قول محمد فإن قلت هذه متكررة مع قوله وبخياطة قباء وأمر بقميص، **فالجواب** أن تلك باعتبار الضمان، وهذا باعتبار أن القول لرب الثوب عند الاختلاف فلا تكرار وفي التتارخانية ولو اختلف هو." (١)

"أنه موقوف فالعتق كذلك.

قال – رحمه الله – (وإن لم يحط صح) يعني، وإن لم يحط الدين برقبته وبما في يده جاز عتقه وهذا بالإجماع أما عندهما فظاهر وكذا عنده في قوله الآخر وفي قوله الأول لا يملك فلا يصح إعتاقه؛ لأن الدين يتعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل، والكثير كما في الرهن ووجه قول الآخر أن الشرط هو الفراغ وبعضه فارغ وبعضه مشغول فلا يجوز أن يمنع الملك في الحال؛ لأن شرط عدم الملك لم يوجد ولا يجوز أن يمنع بقدره؛ لأن البعض ليس بأولى من البعض الآخر كذا نقله الشارح وفي الهداية: وإن لم يكن محيطا بماله جاز عتقه ولم يذكر رقبته وهذا هو القسم الثالث من الأقسام التي ذكرناها قال في العناية: وإذا لم يكن محيطا بماله ورقبته جاز عتق المولى عبدا من كسبه قال في بيوع الجامع الصغير عن يعقوب في رجل أذن لعبده في التجارة فاشترى عبدا يساوي ألفا وعلى الأول ألف دين فأعتق المولى العبد المشترى فعتقه جائز، وإن كان الدين

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٣٩/٨

ألفي درهم مثل قيمته لم يجز عتقه اهـ.

ولا يخفى أن إنفاذ العتق على قول الإمام فيما لو أحاط بكسبه **إشكال**؛ لأن حاصل مذهبه أنه ملك المولى بطريق الخلافة عند الفراغ وهذا ليس بفارغ فظهر أن ذكر الرقبة لا فائدة فيه وأن المراد بالصحة النفاذ قال – رحمه الله – (ولم يصح بيعه من السيد إلا بمثل القيمة) ؛ لأنه لا تهمة في البيع بمثل القيمة فيجوز وبأقل منه فيه تهمة فلا يجوز سواء كان النقصان كثيرا أو قليلا، والمراد بعدم الصحة عدم النفاذ لأجل الغرماء؛ لأن حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له أن يبطل حقهم وقيد بالسيد؛ لأنه لو حابا لأجنبي عند الإمام جاز؛ لأنه لا تهمة فيه وبخلاف ما لو باع المريض عينا من وارثه بمثل القيمة حيث لا يجوز عند الإمام؛ لأن المريض ممنوع من إيثار بعض الورثة بها وفي حق غيرهم ممنوع عن إبطال المالية حتى كان له أن يبيع جميع ماله بمثل من القيمة وبأقل منه إلى ثلثي القيمة إذا لم يكن عليه دين وهذا عند الإمام وعندهما إن باع من المولى جاز فاحشا كان الغبن أو يسيرا ولكن يخير بين أن يزيل الغبن أو ينقض البيع؛ لأن في المحاباة إبطال حق الغرماء في المالية فيتضررون به بخلاف البيع من الأجنبي بالغبن اليسير حيث يجوز بخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة ولا يجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن.

وفي الكافي، وإن باعه من المولى بنقصان لم يجز فاحشا كان أو يسيرا ولكن يخير المولى بين أن يزيل الغبن أو ينقض البيع وهذا قول بعض مشايخنا وقيل إن الصحيح أن قول الإمام في هذه كقولهما وفي المحيط قول الكل وقيل قولهما ولو استهلك المولى المبيع في هذه الحالة لزمه تمام القيمة.

وفي التتارخانية برقم ومما يتصل بهذا الفصل إذا باع العبد المأذون بعض ما في يده من تجارة أو اشترى شيئا ببعض المال من تجارة وحابا في ذلك وكان ذلك في مرض المولى ثم مات المولى من مرضه ذلك فعلى قول أبي حنيفة البيع جائز سواء حابا في البيع بما يتغابن الناس في مثله أو لا ما لم تتجاوز المحاباة ثلث مال المولى، فإذا جاوز ثلث مال المولى، فإنه يخير المشتري، وإن شاء نقض البيع ولم يرد ما زاد على الثلث بخلاف ما لو كان المولى صحيحا وحابا العبد بما يتغابن في مثله أو لا يتغابن الناس في مثله، فإنه يجوز عند أبي حنيفة كيفما كان جاوزت المحاباة ثلث المال أم لم تجاوز وهذا بخلاف المكاتب إذا باع أو اشترى وحابا في مرض موت المولى، فإنه يجوز إذا لم يجاوز ثلث ماله فكذا العبد وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة – رحمه الله تعالى –، وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى إن باع واشترى بما يتغابن الناس في مثله، فإنه يجوز ويسلم المشترى ولو باع واشترى وحابا بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز البيع عندهما حتى إذا قال المشتري أنا أودي قدر المحاباة ولا ينقض البيع لا يكون له ذلك على قولهما هذا الذي ذكرنا إذا لم يكن على العبد دين فأما إذا كان عليه دين يحيط برقبة أو بما في يده أو لا يحيط فباع واشترى وحابا محاباة يسيرة أو فاحشة **فالجواب** فيه عندهم جميعا **كالجواب** فيما إذا لم يكن على العبد دين قال الفقيه أبو بكر البلخي لا يوجد عن أصحابنا رواية في كتبهم أن المحاباة اليسيرة في المريض إذا لم يكن عليه دين تعتبر من ثلث ماله إلا في هذا الكتاب خاصة فهذه المسألة من خصائص هذا الكتاب.

ولو كان الدين على المولى ولا دين على العبد فهذا على وجهين إما أن يكون محيطا بجميع مال المولى أو لا يكون محيطا بجميع." (١)

"إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق، وإن شاء أخذ المصبوغ والملتوت وغرم ما زاد الصبغ والسمن وقال الإمام الشافعي يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الإمكان ويسلمه لصاحبه، وإن انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان بخلاف السمن لتعذر التمييز ولنا أن الصبغ مال متقوم كالثوب وبجنايته لا يسقط تقوم ماله فيجب ضمانه حقهما ما أمكن فكان صاحب الثوب أولى بالتخيير؛ لأنه صاحب الأصل والآخر صاحب وصف وهو قائم بالأصل وكذا السويق أصل والسمن تبع بخلاف البناء؛ لأن التميز ممكن بالنقض وله وجود بعد النقض فأمكن إيصال حق كل واحد منهما إليه والصبغ يتلاشى بالغسل فلا يمكن إيصاله إلى صاحبه وبخلاف ما إذا انصبغ من غير فعل أحد كإلقاء الريح حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار بل يؤمر صاحب الثوب بتملك الصبغ بقيمته وظاهر العبارة انحصار الحكم فيما ذكر وقال أبو عصمة في مسألة الغصب إن شاء رب الثوب باعه فيضرب كل واحد منهما بقيمة ماله.

وهذا وجه حسن في وصول حق كل واحد منهما إلى صاحبه وتتأتى بغرامة يضمن فيها مثل هذا فيما إذا كان انصبغ بنفسه أيضا والجواب في اللت كالجواب في الصبغ أنه يضمن مثل السويق وفي الصبغ قيمته؛ لأن السويق والسمن من ذوات الأمثال بخلاف الصبغ والثوب قال في الكافي قال في المبسوط يضمن قيمة سويقه؛ لأنه يتفاوت القلي فلم يكن مثليا كالخبز وما روي عن الإمام أنه إذا صبغ الثوب أسود فهو نقصان وعندهما أنه زيادة كالحمرة والصفرة راجع إلى اختلاف عصر وزمان، فإن بني أمية في زمانه كانوا يمنعون عن لبس السواد وفي زمانهما بنو العباس كانوا يلبسون السواد ولا خلاف في الحقيقة ولهذا لم يتعرض في المختصر للون الصبغ؛ لأن من الثياب ما يزاد بالسواد ومنها ما ينقص والمعتبر هو الزيادة والنقصان حقيقة فلو صبغه فنقصه الصبغ بأن كانت قيمته ثلاثين درهما فرجعت بالصبغ إلى عشرين فعند محمد ينظر إلى ثوب يزيد فيه ذلك الصبغ، فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة؛ لأن صاحب الثوب وجب له على الغاصب ضمان نقصان قيمة ثوبه عشرة ووجب عليه للغاصب قيمة صبغه خمسة فالخمسة بالخمسة قصاصا ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة رواه هشام عن محمد.

قال الشارح وهو مشكل من حيث إن المغصوب منه لم يصل إليه المغصوب كله، وإنما وصل إليه بعضه وكان من حقه أن يطالب إلى تمام حقه فكيف يتوجه عليه الطلب وهو لم ينتفع بالصبغ شيئا ولم يحصل له به إلا تلف ماله وكيف يسقط عن الغاصب بعض قيمة المغصوب بالإتلاف والإتلاف مقرر لوجوب جميع القيمة فكيف صار مسقطا له هنا ولك أن تقول لا إشكال؛ لأن الشارع ناظر إلى حق كل منهما فلو ألزمناه أن يدفع العشرة ضاع مال الغاصب وهو الصبغ مجانا وذلك ظلم والظالم لا يظلم فأوجبناها على رب الثوب فوصل إلى المغصوب منه كما ذكر كل حقه ما عليه وما بقي له كون الإتلاف مقررا لا ينافي كونه مسقطا؛ لأن الإتلاف بالنظر إلى النقصان والإسقاط بالنظر إلى عين الصبغ فتأمل قال في المحيط ولو غصب صاحب الثوب عصفرا وصبغ به ثوبه فعليه مثله؛ لأنه مثلي ولو غصب من رجل ثوبا ومن آخر عصفرا

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١١٤/٨

ضمن مثل عصفره وخير رب الثوب كما ذكرنا ولو غصب ثوبا وعصفرا من رجل واحد وصبغه به كان لربهما أن يأخذه مصبوغا وبرئ الغاصب من الضمان، وإن شاء ضمنه قيمة ثوبه ومثل عصفره ولو كان العصفر لرجل والثوب لآخر فرضيا أن يأخذ الثوب مصبوغا كما لو كان لواحد ليس لهما ذلك؛ لأنه لما اختلف المالك كان خلط المالين استهلاكا من كل وجه وإذا اتخذ المالك يكون الخلط استهلاكا من وجه دون وجه ولو صبغ الراهن الثوب بعصفر خرج عن الرهن وضمن قيمته ولو كان الثوب والعصفر رهنا كان للمرتهن أن يضمنه قيمة الثوب ومثل عصفره، وإن شاء رضي بأن يكون الثوب المصبوغ رهنا في يده في المنتقى.

قال هشام سألت محمدا عن رجل غصب من رجل ألف درهم وخلط بها دراهم من ماله قال مذهب أبي يوسف في هذا الباب أن دراهم المخالط إذا كانت أكثر فهو مستهلك وضمن الدراهم المغصوب، وإن كانت دراهم الخالط أقل فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمنه دراهمه، وإن شاء شاركه بالمخلوط بقدر دراهمه قلت: فإن كانا سواء فما مذهب أبي يوسف قال لا أدري، أما قولهما فالمغصوب منه بالخيار." (١)

"والمولى أيضا مصالحا معه على هذا الوجه راضيا به لأنه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل كان راضيا بكونه عوضا عن الكثير فإذا أعتقه صح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء وإذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد إلى المولى والأولياء بالخيار إن شاءوا عفوا عنه وإن شاءوا قتلوه.

وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير رجل قطع يد رجل عمدا فصالح المقطوع يده على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوع يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية وإن لم يعتقه رد على مولاه وقيل للأولياء إما أن تقتلوه أو تعفوا عنه والوجه ما بيناه فاتحد الحكم والعلة واختلفا صورة ثم هذه المسألة وهي مسألة الصلح ترد **إشكالا** على قول أبي حنيفة فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث يبطل العفو ولا يجب القصاص هناك وفي هذه المسألة قال يبطل الصلح ويجب القصاص فيما إذا لم يعتق العبد وإن أعتقه فالصلح باق على حاله **فالجواب** أما إذا لم يعتقه فقد قيل ما ذكر في مسألة الصلح **جواب** القياس وما ذكر في مسألة الصلح **جواب** الاستحسان فيكونان على القياس والاستحسان وقيل بالفرق بينهما ووجهه أن الصلح عن الجناية على مال يقرر الجناية ولا يبطلها لأن الصلح عن الجناية استيفاء للجناية معنى باستيفاء بدلها ولهذا تعينت الجناية وتوفر عليه عقوبتها وهو القصاص أقول: يرد عليه أنه إن أريد بقولهم الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها أن الصلح لا يسقط موجب الجناية يبقيه على حاله فهو ممنوع كيفما كان وقد صرحوا في صدر كتاب الجنايات بأن موجب القتل العمد القود إلا أن يعفو الأولياء أو يصالحوا فقد جعلوا الصلح كالعفو وفي إسقاط موجب الجنايات وإن أريد بذلك أن الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الأصل بل يقرر ذلك حيث وقع الصلح عنه على مال وأن سقوطه بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قولهم فإذا لم تبطل الجناية لم يمنع العقوبة إذ لا يلزم من عدم بطلان الجناية بمعنى ثبوتها في الأصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق رأسا بين صورتي الغدر والصلح.

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٨/١٣٤

والعفو أيضا لا ينافي في ثبوت موجب الجناية في الأصل قبل العفو كما لا يخفى وأما العفو فهو معدم للجناية والعفو عن القطع وإن بطل بالسراية إلى النفس لكن بقيت شبهته لوجود صورة العفو وهي كافية لدرء الحد وأما إذا أعتقه **فجوابه** هو الفرق الذي ذكرناه أن العتق يحصل صلحا ابتداء بخلاف العفو وعلى قولهما أيضا يرد في الصورتين لأنهما كانا يجعلان العفو عن القطع عفوا عما يحدث منه وفي الصلح لم يجعلا كذلك بل أوجبا القصاص عليه إذا لم يعتقه وجعلاه صلحا مبتدأ إذا أعتقه وقد قدمنا مسائل سراية الجرح فلا نعيدها والله أعلم.

قال – رحمه الله – (جنى مأذون مديون خطأ فحرره سيده بلا علم عليه قيمتان قيمة لرب الدين وقيمة لولي الجناية) لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد، الدفع على الأولياء والبيع على الغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين أيضا من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية أولا ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالتفويت بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي والمسألة بحالها حيث يجب عليه قيمة واحدة للمولى بحكم الملك في رقبته فلا يظهر حق الفريقين بالنسبة إلى ملك المالك لأنه دون الملك فصار كأنه ليس فيه حق ثم الغريم أحق بتمليك القيمة لأنها مالية العبد والغريم مقدم في المالية على ولي الجناية لأن الواجب أن يدفع إليه ثم يباع للغريم فكان مقدما معنى والقيمة هي المعنى فنسلم إليه.

وفي الفصل الأول كان التعارض بين الحقين وهما متساويان فيضمنهما فيظهران وقيد بعدم العلم لأنه لو أعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية إذا كانت الجناية في النفس لأوليائه وقيمة العبد لصاحب الدين لأن الإعتاق بعد العلم موجب الأرش والأصل أن العبد إذا جنى وعليه دين خير المولى بين الدفع إلى ولي الجناية والفداء فإن اختار الدفع إلى ولي الجناية دفع ثم يباع في الدين فإن فضل شيء فهو لولي الجناية لأنه بدل ملكه وإلا فلا شيء له وإن بدأ بالدفع جمعا بين الحقين لأنه أمكن بيعه بعد الدفع ولو بدأ بيعه في الدين لا يمكن دفعه بالجناية لأنه لم يوجد في يد المشتري جناية ولا يقال لا فائدة في الدفع إذا كان يباع عليه لأنا نقول فائدته ثبوت استخلاص العبد لأن ولي الجناية ثبت له حق الاستخلاص وللإنسان أغراض في العين فإذا كان الواجب هو الدفع فلو أن للمولى دفعه إلى ولي الجناية بغير قضاء لا يضمن استحسانا لأنه فعل عين ما يفعله." (١)

"ولو كان الآمر مكاتبا صغيرا كان أو كبيرا والمأمور صبي حر تجب الدية على عاقلة الصبي وترجع العاقلة على المكاتب بالأقل من قيمته ومن الدين لأن هذا حكم جناية المكاتب بخلاف القن فإن حكم جنايته على المولى فيجب عليه إن أمكن وإلا سقط على ما بينا وإن عجز المكاتب بعد ما قضى القاضي عليه بالقيمة تباع رقبته إلا أن يفدي المولى بديتهم والقياس أن يبطل حكم جنايته وهو قول أبي حنيفة لأنه بالعجز صار قنا وأمره لا يصلح وهما يقولان لما قضي عليه بالقيمة صار دينا عليه وتقرر فلا يسقط حتى لو عجز قبل القضاء عليه بالقيمة بطل حكم جنايته لأن حكم جنايته إنما يصير دينا عليه بالقضاء ولم يوجد.

وإن عجز بعدما أدى كل القيمة لا يبطل وإن كان المأمور عبدا يخير مولاه بين الدفع أو الفداء ثم يرجع على المكاتب بقيمة

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٤٢٥/٨

المأمور إلا إذا كانت قيمته أكثر من الدية فنقص عشرة دراهم بقي **إشكال** وهو أن يقال إن هذا ضمان الغصب ففيه يضمن قيمته بالغة ما بلغت فكيف ينقص عشرة دراهم كضمان الجناية **فجوابه** هذا الغصب لكن يحصل بسبب الجناية فاعتبر بها في حق التقدير وإن عجز المكاتب فمولى المأمور يطالب مولى المكاتب ببيعه لأن ضمان الغصب لا يسقط بعجز المكاتب وإن أعتق المولى المكاتب فالمأمور بالخيار إن شاء رجع بجميع قيمة المأمور على المعتق وبالفضل على المعتق لأنه ضمان غصب فلا يبطل بالإعتاق وإن شاء رجع على المولى بقدر قيمة المعتق إلى تمام قيمة المأمور وإن كان المأمور مكاتبا يجب على المأمور ضمان قيمة نفسه ولا يرجع به على الآمر لأنه تعذر أن يجعل ضمان غصب لأن المكاتب حر من وجه فلا يكون محلا للغصب صغيرا كان أو كبيرا لأن المكاتب الصغير ملحق بالكبير فصار كالحر البالغ العاقل إن كان مأمورا قيد بقوله عجز لأنه لو جنى قبل العجز لا يباع بل يخير المولى.

قال في المحيط مكاتب جنى جنايات أو واحدة كان على المولى الأقل من قيمته ومن أرش الجنايات لأن المكاتب مملوك رقبة حر يدا مطلقا وتصرفا فباعتبار أنه مملوك رقبة تكون جنايته على المولى.

وباعتبار أنه حر يدا وكسبا يجب أن يكون موجب جنايته عليه على أن أكسابه حق له وقد تعذر دفعه بموجب الجناية فيجب عليه الأقل من القيمة ومن الأرش وإن تكررت الجنايات قبل القضاء لزمه قيمة واحدة ولو جنى فقضي عليه ثم جنى أخرى يقضى عليه بقيمة أخرى خلافا لأبي يوسف ولو قتل رجلا ولم يقض عليه حتى عجز وعليه دين دفع بالجناية ثم يباع في الدين وإن فداه بيع بالدين ولو مات عن مال قضي في ماله بالجناية ثم بالكتابة ثم بالإرث لأنه مات عن وفاء فلا تنفسخ الكتابة وإن كان عليه دين وجناية فقضي عليه بالجناية فالدين والجناية سواء لأن الجناية صارت دينا بالقضاء وإن لم يقض بالجناية فحكم ما تقدم مكاتبة جنت ثم ولدت ولم يقض دفعت وحدها ولو قضي عليها ثم ولدت بيعت فإن وفى ثمنها بالجناية وإلا بيع ولدها لأن الولد المولود في الكتابة حكمه حكم أمه ولو كاتب نصف أمته فجنى أحدهما على صاحبه لزم الجاني الأقل من قيمته ومن نصف الجناية وجناية عبد المكاتب كجناية عبد الحر ولو جنى المكاتب على مولاه أو على عبد مولاه أو على ابن مولاه كانت الجناية عليهم كالجناية على غيرهم لأن جناية المكاتب عليهما معتبرة وإذا كان مكاتب بين اثنين يعتبر كل نصف منه على حدة في الأحكام المتقدمة بناء على أن الكتابة تتجزأ.

ولو كانت أمة مشتركة فكاتبها أحدهما بغير إذن شريكه فولدت وكاتب الآخر نصيبه من الولد ثم جنى الولد على الأم أو الأم عليه لزم كل واحد منهما ثلاثة أرباع قيمة المقتول عند الإمام ولو أقر المكاتب بالجناية المبسوط أصله أن المكاتب في حق جناية توجب المال بمنزلة الحر لأنه استيجاب المال على نفسه والمكاتب من أهل استيجاب المال على نفسه بخلاف العبد لو أقر بجناية توجب المال لا يصح لأن موجبها يجب على مولاه فجعل مقرا على مولاه فلم يصح وإذا أقر المكاتب بجناية عمدا أو خطأ لزمه لأنه في حق الجناية ملحق بالحر ولو قضي عليه بجناية خطأ ثم عجز هدر موجبه عند أبي حنيفة وعندهما يؤخذ ويباع فيها بناء على أن المكاتب لو أقر بجناية موجبة للمال لا يؤاخذ به ولو عجز عنده وصار دينا عليه أو لا وعندهما يؤخذ به إذا صار دينا عليه بالقضاء ولو أعتق ضمن قضي بها أو لا وكذلك لو صالح ولي العمد وقد أقر به ثم

عجز هدرت عند أبي حنيفة – رحمه الله – وعندهما يباع فيه لأن القصاص بعد الصلح صار موجبا للمال وأصل الجناية ثبت بإقراره ومن أقر بجناية." (١)

"فأما إذا كان نهرا صغيرا انحدر من الفرات أو نحوه لأقوام معروفين فإنه تجب القسامة على أصحاب النهر والدية على عاقلتهم وفي الكافي والنهر الصغير ما يستحق بالشركة فيه الشفعة وإلا فهو عظيم كالفرات وجيحون ولم يتعرض المؤلف لما إذا وجد في بيت من ثبتت له بعض الحرية وفي الخانية ولو وجد المكاتب قتيلا في دار اشتراها لا يجب فيه شيء في قولهم جميعا وفي المكاتب سوى أبو حنيفة أيضا بين ما إذا وجد قتيلا في داره وبين ما إذا وجد غيره قتيلا إلا أنه إذا وجد غيره قتيلا لا تجب الدية على العاقلة لأنه لا عاقلة للمكاتب وإنما تجب عليه لأن عاقلته نفسه ولو وجد جميع أهل المحلة فلا تجب الدية على عواقلهم وتسقط القسامة وذكر في المنتقى عن ابن أبي مالك عن أبي حنيفة أن من وجد قتيلا في دار نفسه فليس فيه قسامة ولا دية وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه قال على سكان القبيلة وعلى عاقلة المقتول دية قالوا وهو قول أبي حنيفة فرواية ابن أبي مالك تخالف رواية الأصول وفي الذخيرة وفي شرح شيخ الإسلام إذا وجد قتيل في محلة وزعم أهل المحلة أن رجلا منهم قتله ولم يدع ولي القتيل على واحد منهم بعينه لم تسقط عنهم القسامة والدية ورواية الحسن بن زياد إذا وجد العبد أو المكاتب أو المدبر أو أم الولد الذي سعى في بعض قيمته قتيلا في محلة فعليهم القسامة وتجب القيمة على عواقل أهل المحلة في ثلاث سنين.

وقد روي عن أبي يوسف أنه لا يجب عليهم شيء في العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد وهذا يجعل كجناية على البهائم ولهذا قال بأنه تجب قيمته بالغة ما بلغت إذا كان خطأ وإذا كان عمدا يجب القصاص وأما معتق البعض فإنه تجب فيه القسامة والدية عندهم جميعا لأنه بمنزلة الحر عند أبي يوسف ومحمد والحر إذا وجد قتيلا في محلة فإنه تجب على أهل المحلة القسامة والدية وعند أبي حنيفة هو بمنزلة المكاتب في الحكم إذا وجد قتيلا في محلة عنده هذا وفي شرح الطحاوي ولو وجد القتيل في دار المكاتب فإنه تكرر عليه الأيمان فإن حلف يجب عليه الأقل من قيمته ومن الدية إلا عشرة لأن المكاتب عاقلة نفسه وفي التجريد والأعمى والمحدود في القذف والكافر القسامة عليهم وإذا وجد العبد قتيلا في دار مولاه فلا شيء فيه لأن المولى صار قاتلا له حكما بملك الدار فيعتبر بما لو باشر ولو باشر لم يكن على المولى شيء فكذا هذا قالوا وهذا إذا لم يكن على العبد دين فأما إذا كان على العبد دين فإنه يضمن المولى الأقل من قيمته ومن الدين وقد نص محمد على هذا التفصيل في كتاب المأذون.

قال – رحمه الله – (وإن التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فعلى أهل المحلة القسامة والدية إلا أن يدعي الولي على أولئك أو على معين منهم) لأن القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم فتكون القسامة والدية عليهم إلا إذا أبرأهم الولي بدعوى القتيل على واحد منهم بعينه فيبرأ أهل المحلة.

ولا يثبت على عاقلته إلا بحجة على ما بينا وقوله على معين منهم إن أريد به الواحد من أهل المحلة ليستقيم على قول أبي

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٤٢٩/٨

يوسف لأن أهل المحلة يبرءون بدعوى الولي على واحد منهم معين وهو القياس وعندهما لا يبرءون وهو استحسان وبيناه في أوائل الباب فلا يستقيم وإن أريد به واحد من الذين التقوا بالسيوف ويستقيم بالإجماع وقال أبو جعفر في كشف الغوامض هذا إذا كان الفريقان غير متناولين اقتتلوا عصبة وإن كان مشركين أو خوارج فلا شيء فيه ويجعل ذلك من إصابة العدو وإذا كان القتال بين المسلمين والمشركين في دار الإسلام ولا يدرى القاتل يرجح حال قتلى المشركين حملا لأمر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون المسلمين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين فإن قيل الظاهر أن قاتله من غير المحلة وإنه من خصمائه قلنا قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم كذا في النهاية والعناية أقول: يرد على هذا **الجواب** أن يقال ما بالحكم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم موجبا لاستحقاق القسامة والدية على أهل المحلة ولا يجعلون ذلك الظاهر وهو كون قاتله خصماؤه من غير أهل المحلة دفعا للقسامة والدية عن أهل المحلة مع أن الأصل الشائع أن يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق فالأظهر في **الجواب** أن يقال الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة لورود النص بإضافة القتيل إليهم عند **الإشكال** فكان العمل بما ورد فيه النص أولى وسيأتي مثل هذا عن قريب إن شاء الله تعالى قال في الهداية وإن كان القوم لقوا قتالا." (١)

"لا يلزم فيورث فكذا هذا وأما عندهما فلا لأن هذا معصية فلا يصح وإن كانت قربة في معتقدهم بقي **إشكال** على قول أبي حنيفة وهو أن هذا عندهم كالمسجد عندنا، والمسلم ليس له أن يبيع المسجد فوجب أن يكون الذمي كذلك؛ لأنهم عنده يتركون وما يعتقدون **وجوابه** أن المسجد محرز عن حقوق العباد فصار خالصا لله ولا كذلك البيع في حقهم فلأنها لمنافع الناس؛ لأنهم يسكنون فيها ويدفنون فيها أمواتهم فلم تصر محرزة عن حقوقهم فكان ملكه فيها تاما.

وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضا على ما يجيء بيانه.

قال – رحمه الله – (وإن أوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث) أي إذا أوصى أن يبني داره بيعة أو كنيسة لمعينين فهو جائز من الثلث؛ لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك فأمكن تصحيحها على اعتبار المعنيين قال – رحمه الله – (وبداره كنيسة لقوم غير مسمين صحت كوصية حربي مستأمن بكل ماله لمسلم أو ذمي) يعني إذا أوصى بداره أن تبنى كنيسة لقوم غير مسمين صحت كما تصح لحربي. . . إلخ أما الأول وهو ما إذا أوصى إلى قوم مسمين فهو قول أبي حنيفة وعندهما الوصية باطلة؛ لأنها معصية حقيقة وإن كان في معتقدهم قربة، والوصية بالمعصية باطلة؛ لأن تنفيذها تقرير للمعصية ولأبي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم ونحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون فيجوز بناء على معتقدهم ألا ترى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة وهو معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه.

ثم الفرق لأبي حنيفة بين بنائها وبين الوصية بها أن البناء ليس بسبب لزوال الملك وإنما يزول ملك الباقي بأن يصير محرزا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين، والكنيسة لا تحرز لله تعالى على ما بيناه فيورث عنه بخلاف الوصية؛ لأنها

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٨/٤٥٣

وضعت لإزالة الملك غير أن ثبوت مقتضى الوصية وهو الملك امتنع فيما ليس بقربة عندهم فيبقى فيما هو قربة عندهم على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث قال مشايخنا: هذا فيما أوصى ببنائها في القرى وأما في المصر فلا يجوز بالاتفاق؛ لأنهم لا يمكنون من إحداث البيعة في الأمصار وعلى هذا الخلاف.

إذا أوصى بأن يذبح خنازيره ويطعم المشركين من غير تعيين لما ذكرنا وإن كان لقوم معينين جاز بالاتفاق فحاصله أن وصايا الذمي على ثلاثة أقسام وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس أو بأن يغزي الترك وهو من الروم سواء كان القوم معينين أو غير معينين؛ لأنه وصية بما هو قربة عندنا، وفي معتقدهم أيضا قربة ومنها ما هو باطل بالاتفاق وهو ما إذا أوصى بما هو ليس بقربة عندنا ولا عندهم كما إذا أوصى للمغنيات، والنائحات أو أوصى بما هو قربة عندنا وليس في معتقدهم كما إذا أوصى بالحج وببناء المساجد للمسلمين أو بأن تسرج مساجدنا؛ لأنه معصية عندهم إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح باعتبار التمليك ومنها ما هو مختلف فيه وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندهم.

وليس بقربة عندنا كبناء الكنيسة لقوم غير معينين ونحوه، فعند أبي حنيفة يجوز وعندهما لا يجوز فإن كان لقوم معينين يجوز في الكل على أنه تمليك لهم وما ذكره من الجهة من تسريج المساجد ونحوه خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الإلزام حتى لا يلزمهم أن يصرفوه في الجهة التي عينها هو بل يفعلون به ما شاءوا ولأنه ملكهم، والوصية إنما صحت باعتبار التمليك لهم وصاحب البدعة إذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم؛ لأنا أمرنا ببناء الأحكام على ظاهر الإسلام وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته قال صاحب الهداية: في المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها؛ لأنها تبقى على الردة بخلاف المرتد؛ لأنه يقتل أو يسلم فجعلها كالذمية، وقال السغناقي في النهاية: ذكر صاحب الكتاب في الزيادات الخلاف على هذا، وقال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية، والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها، وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها. اهـ.

وقال صاحب العناية: بعد أن نقل هذا من النهاية، والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه؛ لأنه قال هناك الصحيح وهاهنا الأصح وهما يصدقان اهـ.

أقول: هذا ليس بشيء إذ لا شك أن مراد من قال في الخلافيات هو الصحيح ترجيح هذا القول على القول الآخر لا بيان مجرد صحته مع رجحان الآخر كما أن مراد من قال هو الأصح ترجيحه على الآخر بل قوله هو الصحيح أدل على الترجيح من قوله هو الأصح ولا ريب أن ترجيح أحدهما على الآخر ينافي." (١)

"ككتاب الصلاة أو نوعا واحدة ككتاب اللقطة أو أنواعا منها ككتاب الطهارة واختار لفظ الكتاب دون الباب؛ لأن اشتقاق الكتاب يدل على الجمع بخلاف الباب والغرض جميع أنواع الطهارة لا نوع منها والطهارة لغة مصدر طهر الشيء بضم الهاء وفتحها بمعنى النظافة مطلقا، واصطلاحا النظافة عن الحدث والخبث وما قاله بعض الفضلاء من أن

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٥١٩/٨

الطهارة في الشرع نظافة المحل عن النجاسة حقيقة كانت أو حكمية سواء كان لذلك المحل تعلق بالصلاة كالبدن والثوب والمكان أو لم يكن كالأواني والأطعمة ومن خصها بالأول فقد أخطأ ليس بوارد؛ لأن المراد بالطهارة ها هنا الطهارة المخصوصة بالصلاة لا الكلية الشاملة لجميع أنواعها، وإنما وحدها؛ لأنها في الأصل مصدر يتناول القليل والكثير ومن جمعها فقد قصد التصريح بأنواعها

وسبب وجوبها وجوب ما لا يحل بدونها كالصلاة وسجدة التلاوة ومس المصحف قيل سبب وجوبها القيام إلى الصلاة وهذا فاسد؛ لأن «النبي – عليه الصلاة والسلام – صلى خمس صلوات بوضوء واحد»

وقيل الحدث لدورانه معه وجودا وعدما وهذا فاسد؛ لأن السبب ما يكون مفضيا إلى الشيء والحدث رافع لها فكيف يكون سببا لها قال الله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا﴾ [المائدة: ٦] افتتح بكتاب الله تعالى تيمنا وإلا فذكر الدليل خصوصا على وجه التقديم ليس من دأبه ﴿إذا قمتم إلى الصلاة﴾ [المائدة: ٦] أي إذا أردتم القيام إلى الصلاة من باب ذكر المسبب وإرادة السبب الخاص، فإن الفعل الاختياري لا يوجد بدون الإرادة كما في جميع شروح الهداية وغيرها فإن قيل ظاهر الآية الكريمة يوجب الوضوء على كل قائم إليها، وإن لم يكن محدثا لما أن الأمر للوجوب قطعا والإجماع على خلافه، **والجواب** على ما ذكره بعض المفسرين من أن الخطاب خاص بالمحدثين بقرينة دلالة الحال، واشتراط الحدث في التيمم الذي هو بدله ﴿فاغسلوا وجوهكم﴾ [المائدة: ٦] الغسل هو الإسالة أي أمروا عليها الماء ﴿وأيديكم إلى المرافق﴾ [المائدة: ٦] الجمهور على دخول المرفقين في المغسول، ولذلك قيل إلى بمعنى مع وواحدها مرفق بكسر الميم وفتح الفاء ﴿وامسحوا برءوسكم وأرجلكم إلى الكعبين﴾ [المائدة: ٦] لا **إشكال** على قراءة النصب عطفا على الوجه واليدين وأما على قراءة الجر عطفا على الرأس فللمجاورة والإتباع لفظا لا معنى، وفائدة صورة الجر التنبيه على أن المتوضئ ينبغي أن يغسل الرجل غسلا خفيفا شبيها بالمسح لما أنها مظنة الإسراف.

(ففرض الوضوء) الفاء للتعقيب والفرض لغة القطع والتقدير يقال: فرض القاضي النفقة إذا قدرها واصطلاحا ما ثبت لزومه بدليل قطعي لا شبهة فيه وحكمه أن يستحق العقاب تاركه ويكفر جاحده والوضوء بالوضوء بالضم اسم مصدر سمي به الفعل المخصوص مشتق من الوضاءة وهي الحسن والنقاوة." (١)

"يفرق القاضي ويقول: قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الأب ولو لم يقل ذلك لا ينتفي النسب عنه؛ لأنه ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي النسب كما بعد موت الولد فإنه يفرق باللعان ولا ينتفي نسبه عنه.

وفي شرح الطحاوي ثم ولد الملاعنة بعدما قطع نسبه فجميع أحكام نسبه باق سوى الميراث والنفقة.

(فإن أكذب نفسه بعد ذلك) أي اللعان (حد) حد القذف لإقراره بوجوب الحد كما سيأتي في حد القذف فإن أكذب قبله ينظر فإن لم يطلقها قبل الإكذاب فكذلك، وإن أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد، ولا لعان أطلقه فشمل ما إذا اعترف

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر عبد الرحمن شيخي زاده ٩/١

به وما إذا أقيمت عليه بينة أنه أكذب نفسه وشمل الإكذاب صريحا وضمنا؛ ولهذا لو مات الولد المنفي عن مال فادعى الملاعن لا يثبت نسبه ويحد كما في البحر (وحل له) أي الزوج المحدود (أن يتزوجها) أي الزوجة الملاعنة بعد الإكذاب لارتفاع حكم اللعان بتكذيب نفسه وإطلاقه يشمل ما إذا حد أو لم يحد فتقييد الزيلعي الحل بالحد اتفاقي وكذا إذا كذبت نفسها فصدقته (خلافا لأبي يوسف) وزفر والأئمة الثلاثة لقوله – عليه الصلاة والسلام – «المتلاعنان لا يجتمعان أبدا» **وجوابه** ما داما متلاعنين كما يقال المصلي لا يتكلم أي ما دام مصليا.

(وكذا) يحل له أن يتزوجها (إن قذف غيرها) رجلا أو امرأة (فحد) حدا واحدا؛ لأن الحد يتداخل فبحد قذف غيرها سقط حد قذفها (أو زنت فحدت) أي زنت بعد التلاعن فحدت بأن كان التلاعن قبل الدخول فزنت بعد اللعان فكان حدها بالجلد دون الرجم؛ لأنها ليست بمحصنة؛ لأن من شرط إحصان الرجل الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد النكاح الصحيح قاله يعقوب باشا.

وقال الزيلعي قوله فحدت وقع اتفاقا؛ لأن زناها من غير حد يسقط إحصانها فلا حاجة إلى ذكره قال الفقيه المكي زنت بالتشديد أي نسبت غيرها إلى الزنا وهو القذف فعلى هذا يكون ذكر الحد فيه شرطا فيزول **الإشكال** انتهى. لكن." (١)

"معظما عندهم بل يقف بعض المسلمين خدمة لهم فالويل كل الويل.

(وتميز أنثاه) أي أنثى الذمي (في الطريق والحمام) بالجلاجل وغير ذلك عن المسلمين فتمشين في ناحية الطريق والمسلمات في وسطه ويجعلن إزارهن مخالفة لإزار المسلمات.

(وتجعل على داره) أي الذمي (علامة كي لا يستغفر) أي لئلا يدعو السائل بالرحمة والمغفرة (له) أي للذمي عند الإعطاء كما هو العادة ظاهرا (ولا يبدأ بسلام) لما فيه من الإكرام وأما رده فأداء الواجب ومكافأة إكرامه في الجملة لكن لا يزيد على قوله وعليكم ولا يقول عليكم السلام (ويضيق عليه الطريق) يعني إذا التقى المسلم والذمي في الطريق يجعله في الطرف الضيق (ويؤدي الجزية قائما والآخذ) منه (قاعدا ويؤخذ) منه (بتلبيبه) وجره وإظهار مذلته (ويهز) أي يحرك بعنف (ويقال له أد الجزية يا ذمي أو يا عدو الله) إذ لا إله له وإشعارا بأنها بدل دمه المستحق ولا يقال له يا كافر (ولا ينقض عهده) أي لا يخرج عن حكم الذمة (بالإباء عن الجزية) لأن ما يدفع عنه قتالنا التزام الجزية وقبولها لا أداؤها وهو باق فلا ينقض وعند الأئمة الثلاثة ينقض فيجب أن يقتل أو يسترق كما في أكثر المعتبرات وفي الدرر وفيه **إشكال** لأن معنى الامتناع عن الجزية التصريح بعدم أدائها كأنه يقول لا أعطي الجزية بعد هذا، وظاهره أنه ينافي بقاء الالتزام اللهم إلا أن يراد بالالتزام والصواب بالامتناع تأخيرها والتعلل في أدائها ولا يخفى بعده انتهى لكن يمكن **الجواب** بأنه بالتزامه يكون دينا في ذمته كالكفالة بالمال فقوله بعده لا أعطي الجزية لا فائدة له فيلزم أن يحبس كسائر الديون، تدبر (أو بزناه بمسلمة وقتله مسلما) فيقام الحد في

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر عبد الرحمن شيخي زاده ١/٤٥٩

الزناء ويستوفى القصاص منه في القتل (أو سبه النبي - صلى الله تعالى عليه وسلم -) لأن السب كفر فكفره المقارن له لا يمنعه فالطارئ." (١)

"**وجوابه** أنه صفقة فاسدة في صفقة صحيحة ففسدتا جميعا انتهى هذا مسلم إن كانت الإجارة فاسدة وإن باطلة فلا لما سيأتي أن إجارة النخيل باطلة والباطل عبارة عن المعدوم المضمحل والمعدوم لا يصلح متضمنا فيلزم في هذه الصورة أن لا توجد صفقة في صفقة فلا يندفع **الإشكال** تأمل.

(ولو) وصلية أي ولو كان (بعد تناهي عظمها) عند الشيخين وهو القياس لأن ما زاد وحدث من الترك في ملك البائع مضمون عند البيع وهو مجهول (خلافا لمحمد) فإنه قال يفسد في المتناهية استحسانا لأنه شرط متعارف وهو قول الأئمة الثلاثة.

وفي البحر نقلا عن الأسرار الفتوى على قول محمد وبه أخذ الطحاوي.

وفي المنتقى ضم إليه أبو يوسف.

وفي التحفة والصحيح قولهما لأن التعامل لم يكن بشرط الترك وإنما كان بالإذن بالترك من غير شرط (وكذا) يفسد (شراء الزرع) بشرط الترك لما قررنا.

(وإن تركها) أي الثمرة الغير المتناهية على الشجر (بإذن البائع بلا اشتراط) تركها حالة العقد (طاب له) أي للمشتري (الزيادة) الحاصلة في ذات الثمرة بالترك لأنه حصل بطريق مباح.

(وإن تركها) أي الثمرة (بغير إذنه) أي البائع (تصدق بما زاد في ذاتها) لحصوله بطريق محظور ويعرف مقدار الزائد بالتقويم يوم البيع ويوم الإدراك وما تفاوت بينهما يكون زائدا.

(وإن) تركها أي الثمرة (بعدما تناهت) بغير إذنه إلى أن تدرك (لا يتصدق) المشتري (بشيء) لأن الثمرة إذا صارت بهذه المثابة لا يتحقق زيادة فيها وإنما هو تغير وصف وهو من أثر الشمس والقمر والكواكب.

(وإن استأجر) المشتري (الشجر بطلت الإجارة) أي لو اشتراها مطلقا عن الترك والقطع ثم استأجر الشجر إلى وقت إدراك الثمر بطلت الإجارة (وطابت الزيادة) لأن الإجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الإذن معتبرا فتطيب.

(وإن استأجر) المشتري (الأرض لترك الزرع) إلى أن يستحصد (فسدت) الإجارة لجهالة المدة فقد يتقدم الإدراك إذا تعجل الحر وقد يتأخر إذا طال البرد (ولا تطيب الزيادة) الحاصلة فيها للخبث والحاصل أن." (٢)

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر عبد الرحمن شيخي زاده ٦٧٦/١

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر عبد الرحمن شيخي زاده ١٨/٢

"بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر، وكذا إذا جعل واحدا منهما آجلا، إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق.

وفي التبيين: وهذا سهو فإن الحكم فيه أن التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لأن الشرط غير ملائم، فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم، ذكره قاضي خان وغيره، وأجاب بعض الفضلاء لكن لا يخلو عن التعسف بل إذا تأملت حق التأمل ظهر لك أن السؤال باق على حاله، ولا يندفع إلا أن يقال: يمكن **الجواب** بأن قوله: إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا قيد لقوله: وكذا إذا جعل واحدا منهما آجلا فقط فحاصله لا يصح التعليق بمجرد الشرط، ولا تصح الكفالة أيضا، وكذا التأجيل إذا جعل واحدا منهما آجلا فإنه تصح الكفالة ويجب المال حالا.

لا يقال: إنه منقوض بقوله لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لأنه أراد بالتعليق بالشرط التأجيل مجازا أي بأجل متعارف فلا يلزم المحذور، ويندفع **الإشكال**، تدبر.

(وللطالب مطالبة أي شاء من كفيله وأصيله) أي يثبت الخيار في المطالبة إن شاء طالب الأصيل، وإن شاء طالب الكفيل، وإن شاء طالبهما معا؛ لأنه موجب الكفالة إذ هي تنبئ عن الضم كما مر وذلك يقتضي قيام الذمة الأولى لا البراءة (إلا إذا شرط براءة الأصيل فتكون حوالة كما أن الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة) لأن العبرة في العقود للمعاني مجازا لا للألفاظ والمباني.

(ولو طالب) الطالب (أحدهما) كان (له مطالبة الآخر) بخلاف المغصوب منه إذا اختار أحد الغاصبين، لأن اختيار أحدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي به، ولا يمكنه التمليك من الآخر بعده، وأما المطالبة بالكفالة لا تقتضيه ما لم توجد منه حقيقة الاستيفاء (فإن كفل بماله عليه فبرهن) الطالب (على ألف لزمه) أي لزم الألف الكفيل، لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا، ولا يكون قول الطالب حجة عليه كما لا يكون حجة على الأصيل لأنه مدع.

(وإن لم يبرهن) الطالب (صدق الكفيل فيما أقر به مع يمينه) أي فالقول للكفيل فيما يقر به مع يمينه على نفي العلم لا على البتات كما في الإيضاح.

(و) صدق (الأصيل في إقراره بأكثر) مما أقر به الكفيل (على نفسه خاصة) لا على الكفيل لأنه إقرار على الغير، وقيد بما له عليه لأنه لو كفل بما ذاب أي حصل لك على فلان أو بما ثبت فأقر المطلوب بمال لزم الكفيل، أما لو أبى الأصيل اليمين فألزمه القاضي فلم يلزم الكفيل؛ لأن النكول ليس بإقراره كما في البحر (فإن كفل بلا أمره) أي المكفول عنه (لا يرجع) الكفيل (عليه) أي على المكفول عنه (بما أدى عنه) لأنه متبرع بأدائه بغير رجوع خلافا لمالك.

(وإن) وصلية (أجازها)." (١)

"ليطحن له برا بقفيز من دقيقه) أي دقيق ذلك البر أما فساد الأولى، والثانية فلأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فصار في معنى «قفيز الطحان وقد نهى عنه رسول الله – صلى الله عليه وسلم –» ، والمعنى فيه أن المستأجر عاجز

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر عبد الرحمن شيخي زاده ١٣٢/٢

عن تسليم الأجر؛ لأنه بعض ما يخرج من عمل الأجير، والقدرة على التسليم شرط لصحة العقد وهو لا يقدر بنفسه، وإنما يقدر بغيره فلا يعد قادرا ففسد قال أبو المكارم قال قاضي خان يجوز النسج بالثلث أو الربع وبه أخذ الفقيه أبو الليث والإمام الحلواني والإمام أبو علي النسفي (ويجب أجر المثل في الكل لا يجاوز المسمى) ؛ لأن الإجارة لما فسدت وجب الأقل من المسمى ومن أجر المثل لرضاه بحط الزيادة بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الأجر؛ لأن الأجير فيه ملك النصف في الحال بالتعجيل فصار حاملا طعاما مشتركا بينهما، وبحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الأجر إذ ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه، وفي المنح **إشكال وجواب** إن شئت فارجع.

وفي الهداية بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغا ما بلغ عند محمد؛ لأن المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط.

وعند أبي يوسف لا يجاوز بأجرة نصف ثمن ذلك؛ لأنه رضي بنصف المسمى حيث اشترك هذا إذا احتطب أحدهما وجمع الآخر، وأما إذا احتطبا جميعا فهما شريكان على السواء كما في النهاية، والعناية.

وفي التنوير إذا استأجره ليصيد له أو يحتطب، فإن وقت جاز وإلا لا إلا إذا عين الحطب وهو ملكه.

(وإن استأجره ليخبز له اليوم قفيزا بدرهم فسد) العقد عند الإمام؛ لأن المعقود عليه مجهول ذكره فيه أمرين يحتمل كل منهما أن يكون معقودا عليه العمل، والوقت فالعمل ينفع المستأجر؛ لأنه لا يعطي الأجر إلى المؤجر إلا بعد تمام العمل، والوقت ينفع الأجير؛ لأنه يستحق الأجر بمضي المدة سواء عمل أو لم يعمل ولا رجحان في أحدهما فيؤدي إلى النزاع، ولو كان المعقود عليه كليهما يلزم أن يعمل مستغرقا لهذا اليوم فذلك مما لا يقدر عليه أحد عادة (خلافا لهما) أي قالا: هذه جائزة ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى إذا فرغ منه نصف النهار فله الأجر كاملا، وإن لم يفرغه في اليوم، وعليه أن يعمل في الغد؛ لأن المعقود عليه هو العمل وذكر اليوم للتعجيل.

(ولو قال: في اليوم) أي بكلمة في (صح اتفاقا) ؛ لأن كلمة في للظرف لا لتقدير المدة فلا يقتضي الاستغراق فكان المعقود عليه هو العمل وهو المعلوم بخلاف ما إذا حذفت في، فإنه يقتضي الاستغراق، ولو استأجره ليخبز له كذا من الدقيق على أن يفرغ منه اليوم يجوز بالإجماع.

(وإن استأجر أرضا على أن يكربها) من كرب الأرض إذا أصلحها بالمحراث من باب." (١)

"وأن الواجب هو القود فصار الصلح باطلا لأن الصلح لا بد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال فلم يوجد فبطل الصلح فوجب القصاص فالأولياء بالخيار إن شاءوا عفوا عنه وإن شاءوا قتلوه (وكذا لو كان القاطع حرا فصالح المقطوع) يده (على عبد ودفعه) أي القاطع العبد (إليه) أي إلى المقطوع (فإن أعتقه) المقطوع (ثم سرى) القطع إلى القتل فمات

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر عبد الرحمن شيخي زاده ٢/٣٨٨

(فهو) أي العبد (صلح بها) بالجناية.

(وإن لم يعتقه فسرى رد) العبد إلى القاطع (وأقيد) أو عفا والوجه ما بين فاتحد الحكم والعلة.

وفي الهداية وفي هذا الوضع يرد إشكالا فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب هناك وهنا قال: يجب: قيل ما ذكر هنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل: بينهما فرق ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهرا لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وإن بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فأما إذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا إذا لم يعتقه أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل.

(وإن جنى) عبد (مأذون مديون) جناية (خطأ فأعتقه) أي سيده (غير عالم بها) أي بالجناية (ضمن) أي السيد (لرب الدين الأقل من قيمته ومن دينه، و) ضمن (لولي الجناية الأقل من قيمته) أي العبد (ومن أرشها) أي الجناية لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للأولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحد على تقدير كونه مملوكا بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما السيد المعتق بالإتلاف وإن أعتقه بعد العلم فعليه قيمته لرب الدين وأرش الجناية لأولياء المجني عليه.

(ولو ولدت مأذونة مديونة يباع) الولد (معها) أي مع أمه (في دينها) أي الأم المأذونة (ولو جنت) فولدت (لا يدفع) الولد (في جنايتها) أي الجناية لولي الجناية والفرق أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها فيسري إلى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لأن وجوب الدفع في ذمة الولي لا في ذمتها فلا يسري إلى الولد ثم اعلم أن شرط السراية إلى الولد أن تكون الولادة بعد لحوق الدين أما إذا ولدت ثم لحقها الدين لا يتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف الأكساب حيث يتعلق الغرماء بها سواء كسبت قبل الدين أو بعده.

(ولو أقر رجل أن زيدا حرر عبده فقتل ذلك العبد) فاعل قتل (ولي المقر خطأ فلا شيء له) أي للمقر يعني أنه إذا كان لرجل عبد زعم رجل آخر أن مولى ذلك العبد أعتقه ثم إن هذا العبد قتل وليا لهذا الزاعم." (١)

"كما لا يخفى على المحاسب.

(ولو قال سيده كل عبد لي حر أو كل أمة لي حرة لا يعتق ما لم يستبن) ؛ لأن الحنث لا يثبت بالشك، ومن حلف بطلاق أو عتاق إن كان أول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى.

(ولو قال بعد تقرر إشكاله أنا ذكر أو أنثى لا يقبل) قوله على الصحيح؛ لأنه دعوى يخالف قضية الدليل (وقبله) أي قبل إشكاله (يقبل) لأن الإنسان أمين في حق نفسه والقول قول الأمين ما لم يعرف خلاف ما قاله.

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر عبد الرحمن شيخي زاده ٦٦٨/٢

[مسائل شتى]

قد ذكرنا قبل هذا ذكر مسائل شتى أو مسائل منثورة أو مسائل متفرقة من دأب المصنفين لتدارك ما لم يذكروا بحق ذكره فيه خصوصا إذا انتهى الكتاب

(كتابة الأخرس) مبتدأ خبره الآتي كالبيان (وإيماؤه بما يعرف) متعلق بقوله وإيماؤه (به إقراره بنحو تزوج) متعلق بالكتابة والإيماء على طريقة التنازع، وكذا ما عطف عليه بقوله (وطلاق وبيع وشراء ووصية وقود) وجب (عليه أوله كالبيان) إذا كان إيماء الأخرس وكتابته كالبيان وهو النطق باللسان يلزمه الأحكام المذكورة بالإشارة؛ لأن الإشارة يكون بيانا من القادر فما ظنك من العاجز.

وفي الهداية وإذا قرئ على الأخرس كتاب وصية فقيل له نشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومأ برأسه أي نعم أو كتب فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار فهو جائز قال الشراح وإنما قيد بقوله فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار؛ لأن ما يجيء من الأخرس ومعتقل اللسان على نوعين: أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الإنكار مثل أن يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الإقرار بأن يحرك رأسه طولا إذا كان معهودا منه في نعم انتهى.

وفيه كلام لأنه لما فسر الإيماء برأسه في تقدير المسألة بقوله نعم تعين أن وضعها فيما جاء منه دلالة الإقرار فلم تبق حاجة في تقدير **جوابها** إلى قوله فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار بل كان يكفي قوله فهو جائز كما قال بعض الفضلاء لكن لا يخفى أن هذا الكلام لا ورود له؛ لأن شأن الشارحين أن يطابقوا بكلامهم كلام المصنفين على وجه الإيضاح فإن من لم يتفطن لكلامهم قال ما قال.

(ولا يحد الأخرس لقذف ولا لغيره) كالزناء وشرب الخمر أي لا يكون كتابة الأخرس وإيماؤه بالقذف ولا كتابته وإيماؤه بالإقرار بالزناء أو شرب الخمر كالبيان حتى يحد؛ لأن الحدود تندرئ بالشبهات وفي كتابته وإيمائه شبهة، وكذا لا يحد له إذا كان مقذوفا لبقاء احتمال كونه مصدقا." (١)

"[مقدمة]

بسم الله الرحمن الرحيم

ـــــــQقوله: بسم الله الرحمن الرحيم) أبتدئ بها عملا بالأحاديث الواردة في ذلك **والإشكال** في تعارض روايات الابتداء بالبسملة والحمدلة مشهور وكذا التوفيق بينها بحمل الابتداء على العرفي أو الإضافي وكذا ما أورد من الأذان ونحوه مما لم يبدأ بهما فيه. **والجواب** عنه بأن المراد في الروايات كلها الابتداء بإحداها أو بما يقوم مقامه، أو يحمل المقيد على المطلق، وهو رواية " بذكر الله " عند من جوز ذلك، ثم الباء لفظ خاص حقيقة في الإلصاق مجاز في غيره من المعاني لا مشترك بينها لترجح المجاز على الاشتراك موضوع بالوضع العام للموضوع له الخاص عند العضد وغيره: أي لكل واحد من المشخصات

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر عبد الرحمن شيخي زاده ٧٣٢/٢

الجزئية الملحوظة بأمر كلي، وهو مطلق الإلصاق بحيث لا يفهم منه إلا واحد بخصوصه. والإلصاق تعليق شيء بشيء وإيصاله به، فيصدق بالاستعانة والسببية لإلصاقك الكتابة بالقلم وبسببه كما في التحرير. ولما كان مدلول الحرف معنى حاصلا في غيره لا يتعقل ذهنا ولا خارجا إلا بمتعلقه اشترط له المتعلق المعنوي وهو الإلصاق؛ والنحوي وهو هنا ما جعلت التسمية مبدأ له، فيفيد تلبس الفاعل بالفعل حال الإلصاق، والمراد الإلصاق على سبيل التبرك والاستعانة. والأولى تقدير المتعلق مؤخرا ليفيد قصد الاهتمام باسمه تعالى، ردا على المشرك المبتدئ باسم آلهته اهتماما بها لا للاختصاص، لأن المشرك لا ينفي التبرك باسمه تعالى، وليفيد اختصاص ذلك باسمه تعالى ردا على المشرك أيضا وإظهارا للتوحيد، فيكون قصر إفراد؛ وإنما قدم في قوله تعالى – ﴿اقرأ باسم ربك﴾ [العلق: ١]– لأن العناية بالقراءة أولى بالاعتبار، ليحصل ما هو المقصود من طلب أصل القراءة، إذ لو أخر لأفاد أن المطلوب كون القراءة مفتتحة باسم الله تعالى لا باسم غيره، ثم هذه الجملة خبرية لفظا وهل هي كذلك معنى أو إنشائية معنى؟ ظاهر كلام السيد الثاني، والمقصود إظهار إنشاء التبرك باسمه تعالى وحده ردا على المخالف إما على طريق النقل الشرعي كبعت واشتريت، أو على إرادة اللازم ك ﴿رب إني وضعتها أنثى﴾ [آل عمران: ٣٦] فإن المقصود بها إظهار التحسر لا الإخبار بمضمونها، وهل تخرج بذلك الجملة الخبرية عن الإخبار أو لا؟ ذهب الزمخشري إلى الأول وعبد القاهر إلى الثاني وسيأتي في الحمدلة لذلك مزيد بيان. وأورد أنها لو كانت إنشائية لما تحقق مدلولها خارجا بدونها، والتالي باطل فالمقدم مثله، إذ السفر والأكل ونحوهما مما ليس بقول لا يحصل بالبسملة. وأجيب بأنها إذا كانت لإنشاء إظهار التبرك أو الاستعانة باسمه تعالى وحده على ما قلنا فلا شك أنه إنما تحقق بها؛ كما أن إظهار التحزن والتحسر إنما تحقق بذلك اللفظ، فإن الإنشاء قسمان: منه ما لا يتحقق مدلوله الوضعي بدون لفظه، ومنه ما لا يتحقق مدلوله الالتزامي بدونه، وما نحن فيه من قبيل الثاني. ثم إن المراد بالاسم هنا ما قابل الكنية واللقب فيشمل الصفات حقيقية، أو إضافية أو سلبية فيدل على أن التبرك والاستعانة بجميع أسمائه تعالى. والله علم على الذات العلية المستجمعة للصفات الحميدة كما قاله السعد وغيره، أو المخصوصة: أي بلا اعتبار صفة أصلا كما قاله العصام. قال السيد الشريف: كما تاهت العقول في ذاته وصفاته لاحتجابها بنور العظمة تحيرت أيضا في اللفظة الدالة على الذات، كأنه انعكس إليها من تلك الأنوار أشعة فبهرت أعين المستبصرين،." (١)

"أو لقصد الوضوء على الوضوء لا بأس به، وحديث " فقد تعدى " محمول على الاعتقاد،

ــــــQأما هو فيلزمه قطع مادة الوسواس عنه وعدم التفاته إلى التشكيك؛ لأنه فعل الشيطان وقد أمرنا بمعاداته ومخالفته رحمتي، ويؤيده ما سنذكره قبيل فروض الغسل عن التتارخانية أنه لو شك في بعض وضوئه أعاده إلا إذا كان بعد الفراغ منه، أو كان الشك عادة له فإنه لا يعيده ولو قبل الفراغ قطعا للوسوسة عنه. اهـ. مطلب في الوضوء على الوضوء

(قوله: أو لقصد الوضوء على الوضوء) أي بعد الفراغ من الأول بحر. وفي التتارخانية عن الناطفي: لو زاد على الثلاث فهو بدعة، وهذا إذا لم يفرغ من الوضوء؛ أما إذا فرغ ثم استأنف الوضوء فلا يكره بالاتفاق اهـ ومثله في الخلاصة.

وعارض في البحر دعوى الاتفاق بما في السراج من أنه مكروه في مجلس واحد: وأجاب في النهر بأن ما مر فيما إذا أعاده

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٦/١

مرة واحدة، وما في السراج فيما إذا كرره مرارا، ولفظه في السراج: لو تكرر الوضوء في مجلس واحد مرارا لم يستحب، بل يكره لما فيه من الإسراف فتدبر اهـ.

قلت: لكن يرد ما في شرح المنية الكبير حيث قال: وفيه **إشكال** لإطباقهم على أن الوضوء عبادة غير مقصودة لذاتها فإذا لم يؤد به عمل مما هو المقصود من شرعيته كالصلاة وسجدة التلاوة ومس المصحف ينبغي أن لا يشرع تكراره قربة؛ لكونه غير مقصود لذاته فيكون إسرافا محضا، وقد قالوا في السجدة لما لم تكن مقصودة: لم يشرع التقرب بها مستقلة وكانت مكروهة، وهذا أولى. اهـ.

أقول: ويؤيده ما قاله ابن العماد في هديته. قال في شرح المصابيح: وإنما يستحب الوضوء إذا صلى بالوضوء الأول صلاة، كذا في الشرعة والقنية. اهـ. وكذا ما قاله المناوي في شرح الجامع الصغير للسيوطي عند حديث «من توضأ على طهر كتب له عشر حسنات» من أن المراد بالطهر الوضوء الذي صلى به فرضا أو نفلا كما بينه فعل راوي الخبر وهو ابن عمر، فمن لم يصل به شيئا لا يسن له تجديده. اهـ. ومقتضى هذا كراهته، وإن تبدل المجلس ما لم يؤد به صلاة أو نحوها لكن ذكر سيدي عبد الغني النابلسي أن المفهوم من إطلاق الحديث مشروعيته ولو بلا فصل بصلاة أو مجلس آخر، ولا إسراف فيما هو مشروع، أما لو كرره ثالثا أو رابعا فيشترط لمشروعيته الفصل بما ذكر، وإلا كان إسرافا محضا اهـ فتأمل. مطلب كلمة لا بأس قد تستعمل في المندوب

(قوله: لا بأس به) لأنه نور على نور وقد أمر بترك ما يريبه إلى ما لا يريبه معراج، وفي هذا التعليل لف ونشر مشوش، وفيه إشارة إلى أن ذلك مندوب، فكلمة لا بأس وإن كان الغالب استعمالها فيما تركه أولى، لكنها قد تستعمل في المندوب كما صرح به في البحر من الجنائز والجهاد، فافهم. (قوله: وحديث فقد تعدى إلخ) **جواب** عما يرد على قوله لا بأس به، وقد تقدم الحديث في عبارة النهر: قال في البحر: واختلف في معنى قوله: - عليه الصلاة والسلام - «فمن زاد على هذا» على أقوال؟ فقيل: على الحد المحدود، وهو مردود بقوله - عليه الصلاة والسلام - «من استطاع منكم أن يطيل غرته فليفعل» والحديث في المصابيح، وإطالة الغرة تكون بالزيادة على الحد المحدود، وقيل: على أعضاء الوضوء، وقيل: الزيادة على العدد والنقص عنه. والصحيح أنه محمول على الاعتقاد دون نفس." (١)

"قدرها. قال في الأشباه: لم يتعلق به حكم، لم أره (في أحد سبيلي آدمي) حي (يجامع مثله) سيجيء محترزه (عليهما) أي الفاعل والمفعول (لو) كان (مكلفين) ولو أحدهما مكلفا فعليه فقط دون المراهق، لكن يمنع من الصلاة حتى يغتسل، ويؤمر به ابن عشر تأديبا (وإن) وصلية (لم ينزل) منيا بالإجماع، يعني لو في دبر غيره، أما في دبر نفسه فرجح في النهر عدم الوجوب إلا بالإنزال: ولا يرد الخنثى المشكل فإنه لا غسل عليه بإيلاجه في قبل أو دبر ولا على من جامعه إلا بالإنزال؛ ـــــــQبقي لو كان مقطوع البعض منها هل يناط الحكم بالباقي منها أم يقدر من الذكر قدر ما ذهب منها كما يقدر منه لو كان الذاهب كلها لم أره فتأمل.

(قوله: قال في الأشباه إلخ) **جواب** لو وعبارته في أحكام غيبوبة الحشفة من الفن الثاني: وإن لم يبق قدرها لم يتعلق به شيء

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ١/١١٩

من الأحكام ويحتاج إلى نقل لكونها كلية ولم أره الآن. اهـ. ونقل ط عن المقدسي أنه يفهم من التقييد بقدرها أنه لا يتعلق بذلك حكم ويفتى به عند السؤال. اهـ. أي لأن مفاهيم الكتب معتبرة كما تقدم.

(قوله: آدمي) احتراز عن البهيمة كما يأتي، وعن الجنية كما مر.

(قوله: سيجيء محترزه) أي محترز ما ذكره من القيود الثلاثة.

(قوله: مكلفين) أي عاقلين بالغين.

(قوله: ولو أحدهما إلخ) لكن لو كانت هي المكلفة فلا بد أن يكون الصبي ممن يشتهي وإلا فلا يجب عليها أيضا كما يأتي في الشرح.

(قوله: تأديبا) في الخانية وغيرها يؤمر به اعتيادا وتخلقا كما يؤمر بالصلاة والطهارة. وفي القنية قال محمد وطئ صبية يجامع مثلها يستحب لها أن تغتسل كأنه لم ير جبرها وتأديبها على ذلك. وقال أبو علي الرازي: تضرب على الاغتسال وبه نقول، وكذا الغلام المراهق يضرب على الصلاة والطهارة. اهـ.

(قوله: بالإجماع) لما في الصحيحين حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «إذا جلس بين شعبها الأربع ثم جهدها فقد وجب الغسل، أنزل أو لم ينزل» وأما قوله – عليه الصلاة والسلام – «إنما الماء من الماء» فمنسوخ بالإجماع، ووجوبه على المفعول به في الدبر بالقياس احتياطا، وتمامه في شرح المنية.

(قوله: يعني إلخ) تقييد لقوله في أحد سبيلي آدمي فإنه شامل لدبر نفس المولج.

(قوله: فرجح في النهر إلخ) هو أحد قولين حكاهما في القنية وغيرها. قال في النهر: والذي ينبغي أن يعول عليه عدم الوجوب إلا بالإنزال؛ إذ هو أولى من الصغيرة والميتة في قصور الداعي، وعرف بهذا عدم الوجوب بإيلاج الإصبع.

(قوله: ولا يرد) أي على إطلاق المصنف الحشفة وأحد السبيلين.

(قوله: فإنه لا غسل عليه إلخ) أي لجواز كونه امرأة، وهذا الذكر منه زائد فيكون كالإصبع وأن يكون رجلا ففرجه كالجرح فلا يجب بالإيلاج فيه الغسل بمجرده: قلت: ويشكل عليه معاملة الخنثى بالأضر في أحواله، وعليه يلزمه الغسل فليتأمل اهـ إمداد. أقول: سيذكر الشارح هذا **الإشكال** آخر الكتاب في كتاب الخنثى وسنوضح **الجواب** هناك إن شاء الله تعالى وذكرناه هنا فيما علقناه على البحر.

(قوله: ولا على من جامعه) أي في قبله، فلو جامعه رجل في دبره وجب الغسل عليهما كما أفاده ط أي لعدم **الإشكال** في الدبر، وكذا لا **إشكال** فيما لو جامع وجومع لتحقق جنابته بأحد." (١)

"(ملفوفة بخرقة، إن وجد لذة) الجماع (وجب) الغسل (وإلا لا) على الأصح والأحوط الوجوب.

(و) عند (انقطاع حيض ونفاس) هذا وما قبله الحكم إلى الشرط: أي يجب عنده لا به، بل بوجوب الصلاة أو إرادة ما لا يحل كما مر.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ١٦٢/١

(لا) عند (مذي أو ودي) بل الوضوء منه ومن البول جميعا على الظاهر

[تنبيه]

التقييد بالزوجين صريح في أن غيرهما لا يجب عليه رملي على البحر. أقول: الظاهر أنه اتفاقي جريا على الغالب ولذا قال ط: الأجنبي والأجنبية كذلك، وكذا لو كانا رجلين أو امرأتين، فالظاهر اتحاد الحكم.

(قوله: إن وجد لذة الجماع) أي بأن كانت الخرقة رقيقة بحيث يجد حرارة الفرج واللذة بحر.

(قوله: وإلا لا) أي ما لم ينزل.

(قوله: على الأصح) وقال بعضهم: يجب لأنه يسمى مولجا. وقال بعضهم: لا يجب بحر، وظاهر القولين الإطلاق.

(قوله: والأحوط الوجوب) أي وجوب الغسل في الوجهين بحر وسراج. أقول: والظاهر أنه اختيار للقول الأول من القولين، وبه قالت الأئمة الثلاثة كما في شرح الشيخ إسماعيل عن عيون المذاهب، وهو ظاهر حديث «إذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل»

(قوله: هذا إلخ) الإشارة إلى إسناد فرضية الغسل إلى الانقطاع؛ لأن المعنى وفرض عند انقطاع حيض ونفاس وأراد بما قبله إسناد الفرضية إلى خروج المني والإيلاج ورؤية المستيقظ، وأراد بالإضافة الإسناد والتعليق: أي إسناد فرضية الغسل إلى هذه الأشياء، وتعليقها عليها مجاز من إسناد الحكم، وهو هنا الفرضية إلى الشرط، وهو هنا هذه المذكورات وليس من إسناد الحكم إلى سببه كما هو الأصل.

(قوله: أي يجب عنده) أي عند تحقق الانقطاع ونحوه، والمراد بعده.

(قوله: بل بوجوب الصلاة) أي عند ضيق الوقت، وقوله أو إرادة ما لا يحل: أي عند عدم ضيق الوقت قال في الشرنبلالية: واختلف في سبب وجوب الغسل. وعند عامة المشايخ إرادة فعل ما لا يحل فعله مع الجنابة وقيل وجوب ما لا يحل معها. والذي يظهر أنه إرادة فعل ما لا يحل إلا به عند عدم ضيق الوقت أو عند وجوب ما لا يصح معها، وذلك عند ضيق لما قال في الكافي إن سبب وجوب الغسل الصلاة أو إرادة ما لا يحل فعله مع الجنابة والإنزال والالتقاء شرط. اهـ.

(قوله: كما مر) أي في الوضوء، وقدمنا الكلام عليه هناك.

(قوله: لا عند مذي) أي لا يفرض الغسل عند خروج مذي كظبي بمعجمة ساكنة وياء مخففة على الأفصح، وفيه الكسر مع التخفيف والتشديد، وقيل هما لحن ماء رقيق أبيض يخرج عند الشهوة لا بها، وهو في النساء أغلب، قيل هو منهن يسمى القذى بمفتوحتين نهر.

(قوله: أو ودي) بمهملة ساكنة وياء مخففة عند الجمهور، وحكى الجوهري كسر الدال مع تشديد الياء. قال ابن مكي: ليس بصواب. وقال أبو عبيد إنه الصواب وإعجام الدال شاذ: ماء ثخين أبيض كدر يخرج عقب البول نهر.

(قوله: بل الوضوء منه إلخ) أي بل يجب الوضوء منه أي من الودي ومن البول جميعا، وهذا **جواب** عما يقال إن الوجوب بالبول السابق على الودي فكيف يجب به. وبيان **الجواب** أن وجوبه بالبول لا ينافي الوجوب بالودي بعده، حتى لو حلف لا يتوضأ من رعاف فرعف ثم بال أو بالعكس فتوضأ فالوضوء منهما فيحنث، وكذا لو حلفت لا تغتسل من جنابة فجومعت وحاضت فاغتسلت فهو منهما، وهذا ظاهر الرواية بحر. وذكر أربعة أجوبة أخر: منها أن الودي ما يخرج بعد الاغتسال من الجماع وبعد البول، وهو شيء لزج كذا فسره في الخزانة والتبيين **فالإشكال** إنما يرى على من اقتصر في تفسيره على ما يخرج بعد البول.

(قوله: على الظاهر) أي إن قلنا إن وجوب الوضوء منه ومن البول بناء على ظاهر الرواية من مسألتي اليمين السابقين وذكر المحقق في الفتح أن الوضوء من الحدث السابق وأن السبب الثاني لم يوجب شيئا لاستحالة تحصيل الحاصل إلا إذا وقعا معا كأن رعف وبال معا قرره الآمدي، قال وهو معقول يجب قبوله وهو قول الجرجاني من مشايخنا.." (١)

"(وشعر الإنسان) غير المنتوف (وعظمه) وسنه مطلقا على المذهب. واختلف في أذنه، ففي البدائع نجسة، وفي الخانية لا، وفي الأشباه: المنفصل من الحي كميتته إلا في حق صاحبه فطاهر وإن كثر. ويفسد الماء بوقوع قدر الظفر من جلده لا بالظفر (ودم سمك طاهر)

ـــــــQجامدة فتطهر بالغسل. اهـ.

وأفاد ترجيح قولهما وأنه لا خلاف في اللبن على خلاف ما في الملتقى والشرح فافهم.

(قوله وشعر الإنسان) المراد به ما أبين منه حيا وإلا فطهارة ما على الإنسان مستغنية عن البيان وطهارة الميت مدرجة في بيان الميتة كذا نقل عن حواشي عصام، والأولى إسقاط حيا. وعن محمد في نجاسة شعر الآدمي وظفره وعظمه روايتان والصحيح الطهارة سراج (قوله غير المنتوف) أما المنتوف فنجس بحر، والمراد رءوسه التي فيها الدسومة.

أقول: وعليه فما يبقى بين أسنان المشط ينجس الماء القليل إذا بل فيه وقت التسريح، لكن يؤخذ من المسألة الآتية كما قال ط أن ما خرج من الجلد مع الشعر إن لم يبلغ مقدار الظفر لا يفسد الماء تأمل (قوله مطلقا) أي سواء كان سنه أو سن غيره من حي أو ميت قدر الدرهم أو أكثر حمله معه أو أثبته مكانه كما يعلم من الحلية والبحر (قوله على المذهب) قال في البحر: المصرح به في البدائع والكافي وغيرهما أن سن الآدمي طاهرة على ظاهر المذهب وهو الصحيح؛ لأنه لا دم فيها، والمنجس هو الدم بدائع وما في الذخيرة وغيرها من أنها نجسة ضعيف. اهـ (قوله ففي البدائع نجسة) فإنه قال: ما أبين من الحي إن كان جزءا فيه دم كاليد والأذن والأنف ونحوها فهو نجس بالإجماع، وإلا كالشعر والظفر فطاهر عندنا. اهـ ملخصا (قوله وفي الخانية لا) حيث قال: صلى وأذنه في كمه أو أعادها إلى مكانها تجوز صلاته في ظاهر الرواية. اهـ ملخصا. وعلله في التجنيس بأن ما ليس بلحم لا يحله الموت فلا يتنجس بالموت أي والقطع في حكم الموت. واستشكله في البحر بما مر عن البدائع. وقال في الحلية: لا شك أنها مما تحلها الحياة ولا تعرى عن اللحم، فلذا أخذ الفقيه أبو الليث

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ١٦٥/١

بالنجاسة وأقره جماعة من المتأخرين. اهـ. وفي شرح المقدسي قلت: **واجواب** عن **الإشكال** أن إعادة الأذن وثباتها إنما يكون غالبا بعود الحياة إليها فلا يصدق أنها مما أبين من الحي؛ لأنها بعود الحياة إليها صارت كأنها لم تبن، ولو فرضنا شخصا مات ثم أعيدت حياته معجزة أو كرامة لعاد طاهرا. اهـ.

أقول: إن عادت الحياة إليها فهو مسلم، لكن يبقى **الإشكال** لو صلى وهي في كمه مثلا. والأحسن ما أشار إليه الشارح من **الجواب** بقوله وفي الأشباه إلخ وبه صرح في السراج فما في الخانية من جواز صلاته ولو الأذن في كمه لطهارتها في حقه؛ لأنها أذنه فلا ينافي ما في البدائع بعد تقييده بما في الأشباه (قوله المنفصل من الحي) أي مما تحله الحياة كما مر، والمراد الحي حقيقة وحكما احترازا عن الحي بعد الذبح كما سيأتي بيانه آخر كتاب الذبائح، إن شاء الله تعالى. وفي الحلية عن سنن أبي داود والترمذي وابن ماجه وغيرها وحسنه الترمذي «ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميت» اهـ. (قوله ويفسد الماء) أي القليل (قوله من جلده) أي أو لحمه مختارات النوازل. زاد في البحر عن الخلاصة وغيرها: أو قشره وإن كان قليلا مثل ما يتناثر من شقوق الرجل ونحوه لا يفسد الماء (قوله لا بالظفر) أي؛ لأنه عصب بحر. وظاهر أنه لو كان فيه دسومة فحكمها كالجلد واللحم تأمل (قوله ودم سمك طاهر)." [(١)]

"وبسطناه في الخزائن.

(وشرط في أدائها) أي هذه الفرائض قلت: وبه بلغت نيفا وعشرين: وقد نظم الشرنبلالي في شرحه للوهبانية للتحريمة عشرين شرطا ولغيرها ثلاثة عشر فقال:

ـــــــــــــــذكره له في واجبات الصلاة (قوله وبسطناه في الخزائن) حيث قال بعد قوله وهو المختار. قلت: لكنه غريب لم أر من عرج عليه. والذي رجحه الجم الوجوب وحمل في الفتح وتبعه في البحر قول الثاني على الفرض العملي فيرتفع الخلاف قلت: أنى يرتفع وقد صرح في السهو بفساد الصلاة بتركه عنده خلافا لهما فتنبه اهـ وهو مأخوذ من النهر.

أقول: والذي دعا صاحب البحر إلى هذا الحمل هو التقصي عن **إشكال** قوي، وهو أن أبا يوسف أثبت الفرضية بحديث المسيء صلاته وهو خبر آحاد، والدليل القطعي أمر بمطلق الركوع والسجود، فيلزم الزيادة على النص الخاص بخبر الواحد وأبو يوسف لا يقول به، وإذا حمل قوله بفرضية تعديل الأركان على الفرض العملي الذي هو أعلى قسمي الواجب اندفع **الإشكال** وارتفع الخلاف. ويرد عليه ما علمته. وبيانه أن الفرض العملي هو الذي يفوت الجواز بفوته كتقدير مسح الرأس بالربع فيلزم فساد الصلاة بترك التعديل المذكور عند أبي يوسف وهما لا يقولان به، فالخلاف باق، ويلزم الزيادة على النص أيضا لأن مقتضى النص الاكتفاء بمسمى ركوع وسجود **فالإشكال** باق أيضا، لكن أجاب بعض المحققين عن **الإشكال** **بجواب** حسن ذكرته فيما علقته على البحر، وهو أن المراد بالركوع والسجود في الآية عندهما معناهما اللغوي، وهو معلوم لا يحتاج إلى البيان. فلو قلنا بافتراض التعديل لزم الزيادة على النص بخبر الواحد. وعند أبي يوسف معناهما الشرعي وهو غير معلوم فيحتاج إلى البيان.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٢٠٧/١

مطلب مجمل الكتاب إذا بين بالظني فالحكم بعده مضاف إلى الكتاب

وقد صرح في العناية بأن المجمل من الكتاب إذا لحقه البيان بالظني كان الحكم بعده مضافا إلى الكتاب لا إلى البيان في الصحيح، ولذا قلنا بفرضية القعدة الأخيرة المبينة بخبر الواحد، ولم نقل بفرضية الفاتحة بخبر الواحد أيضا، لأن قوله تعالى ﴿فاقرءوا ما تيسر﴾ [المزمل: ٢٠] خاص لا مجمل اهـ ملخصا والحاصل أن الركوع والسجود خاصان عندهما مجملان عنده، وبهذا يندفع **الإشكال** من أصله، لكن يبقى الخلاف على حاله، والله أعلم (قوله أي هذه الفرائض) أي المذكور في المتن، لأن الضمير في كلام المصنف راجع إليها، ويشمل القعدة الأخيرة على القول بركنيتها كما قدمناه من ثمرة الخلاف (قوله قلت وبه) أي وبذكر هذا الفرض وهو الاختيار الآتي في المتن، وكان عليه أن يذكر هذا قبيل قوله ولها واجبات فيسلم من عود الضمير على المتأخر الموجب لركاكة التركيب ح (قوله نيفا وعشرين) النيف بالتشديد كهين ويخفف: ما زاد على العقد إلى أن يبلغ العقد الثاني، وأراد هنا أحدا وعشرين ثمانية تقدمت في المتن وهذا تاسعها واثني عشر في الشرح يجعل ترتيب القعود فرضا مستقلا كما قدمناه فافهم (قوله في شرحه للوهبانية) وكذا في رسالته المسماة در الكنوز فإنه ذكر فيها هذا النظم وزاد عليه نظم الواجبات والسنن والمندوبات ومسائل أخر وشرح الجميع. بحث شروط التحريمة

(قوله للتحريمة عشرين شرطا) بعضها فيما يتعلق بلفظها، وباقيها شروط للصلاة اشترطت لها على ما اختاره الشارح لاتصالها بالأركان، وقدمنا الكلام عليه (قوله ولغيرها) أي غير التحريمة وهو الصلاة والكل في الحقيقة.." (١)

"ضعفه في البحر (وهي آية) واحدة (من القرآن) كله (أنزلت للفصل بين السور) فما في النمل بعض آية إجماعا (وليست من الفاتحة ولا من كل سورة) في الأصح، فتحرم على الجنب (ولم تجز الصلاة بها) احتياطا (ولم يكفر جاحدها لشبهة) اختلاف مالك (فيها، و) كما سمى.

(قرأ المصلي لو إماما أو منفردا الفاتحة.

ـــــــQأكثر المشايخ على أنها من الفاتحة، فإذا كانت منها تجب مثلها لكن لم يسلم كونه قول الأكثر (قوله ضعفه في البحر) حيث قال في سجود السهو إن هذا كله مخالف لظاهر المذهب المذكور في المتون والشروح والفتاوى من أنها سنة لا واجب فلا يجب بتركها شيء.

قال في النهر: والحق أنهما قولان مرجحان إلا أن المتون على الأول. اهـ. أقول: أي إن الأول مرجح من حيث الرواية، والثاني من حيث الدراية، والله أعلم (قوله وهي آية) أي خلافا لقول مالك وبعض أصحابنا إنها ليست من القرآن أصلا. قال القهستاني: ولم يوجد في حواشي الكشاف والتلويح أنها ليست من القرآن في المشهور من مذهب أبي حنيفة اهـ أي بل هو قول ضعيف عندنا (قوله أنزلت للفصل) وذكرت في أول الفاتحة للتبرك (قوله فما في النمل بعض آية) وأولها ﴿إنه من سليمان﴾ [النمل: ٣٠] وآخرها ﴿وأتوني مسلمين﴾ [النمل: ٣١] وهو تفريع على قوله أنزلت للفصل ط (قوله وليست من الفاتحة) قال في النهر: فيه رد لقول الحلواني أكثر المشايخ على أنها من الفاتحة، ومن ثم قيل بوجوبها، وجعله في الذخيرة

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٤٥١/١

رواية الثاني عن الإمام، وبه أخذ وهو أحوط. اهـ. وما نقله عن الحلواني ذكره القهستاني عن المحيط والذخيرة والخلاصة وغيرها (قوله ولا من كل سورة) أي خلافا لقول الشافعي إنها آية من كل سورة ما عدا براءة (قوله في الأصح) قيد لقوله وليست من الفاتحة، وكان ينبغي ذكره عقبه ليكون إشارة إلى قول الحلواني المتقدم لا إلى قول الشافعي، إذ لم تجر عادتهم بذكر التصحيح للإشارة إلى مذهب الغير بل إلى المرجوع في المذهب، ولم أر لأحد من مشايخنا القول بأنها آية من كل سورة، وإنما عزاه في البحر وغيره إلى الشافعي فقط فافهم.

(قوله فتحرم على الجنب) أي وما في معناه كالحائض والنفساء، وهذا لو على قصد التلاوة (قوله احتياطا) علة للمسألتين، وذلك أن مذهب الجمهور أنها من القرآن لتواترها في محلها، وخالف في ذلك مالك فكان الاحتياط حرمتها على الجنب نظرا إلى مذهب الجمهور، وعدم جواز الاقتصار عليها في الصلاة نظرا إلى شبهة الخلاف لأن فرض القراءة ثابت بيقين فلا يسقط بما فيه شبهة (قوله ولم يكفر جاحدها إلخ) **جواب** عما قيل من **الإشكال** في التسمية إنها إن كانت متواترة لزم تكفير منكرها وإلا فليست قرآنا. **والجواب** كما في التحرير أن القطعي إنما يكفر منكره إذا لم تثبت فيه شبهة قوية كإنكار ركن، وهنا قد وجدت وذلك لأن من أنكرها كمالك ادعى عدم تواتر كونها قرآنا في الأوائل وأن كتابتها فيها لشهرة استنان الافتتاح بها في الشرع. والمثبت يقول: إجماعهم على كتابتها مع أمرهم بتجريد المصاحف يوجب كونها قرآنا، والاستنان لا يسوغ الإجماع لتحققه في الاستعاذة. والحق أنها من القرآن لتواترها في المصحف، وهو دليل كونها قرآنا، ولا نسلم توقف ثبوت القرآنية على تواتر الأخبار بكونها قرآنا، بل الشرط فيما هو قرآن تواترها في محله فقط وإن لم يتواتر كونه في محله من القرآن اهـ وقوله ولا نسلم إلخ رد لما تضمنه كلام المنكر من أن تواترها في محلها لا يستلزم كونها قرآنا، بل لا بد من تواتر الأخبار بقرآنيتها.

والحاصل أن تواترها في محلها أثبت أصل قرآنيتها، وأما كونها قرآنا متواترا فهو متوقف على تواتر الأخبار به ولذلك لم يكفر منكرها، بخلاف غيرها لتواتر الأخبار بقرآنيته. ووقع في البحر هنا اضطراب وخلل بينته فيما علقته عليه، وبما قررناه يعلم أنه كان على الشارح أن يبقي المتن على حاله ويسقط قوله اختلاف مالك ليكون **جوابا**." [(١)]

"والكعب (امرأة) ولو أمة (مشتهاة) حالا كبنت تسع مطلقا وثمان وسبع لو ضخمة أو ماضيا كعجوز (ولا حائل بينهما) أقله قدر ذراع في غلظ أصبع، أو فرجة تسع رجلا (في صلاة) وإن لم تتحد

ـــــــQالصحيح للمحاذاة ما في المجتبى: المحاذاة المفسدة أن تقوم بجنب الرجل من غير حائل أو قدامه. اهـ. وأجاب في النهر بأن المرأة إنما تفسد صلاة من خلفها إذا كان محاذيا لها، كما قيد به الزيلعي، وذكره في السراج أيضا، وصرح به الحاكم الشهيد في كافيه اهـ ويأتي تمامه قريبا (قوله امرأة) مفهومه أن محاذاة الخنثى المشكل لا تفسد، وبه صرح في التتارخانية (قوله ولو أمة) ومثلها الخنثى كما قدمناه عن الإمداد ح، ولا وجه للمبالغة بالأمة ولعلها ولو أمه بهاء الضمير ط. وعبارته في الخزائن: ولو محرمه أو زوجته، وخرج به الأمرد. اهـ. (قوله كبنت تسع مطلقا) يفسره لاحقه. قال في البحر: واختلفوا في حد المشتهاة وصحح الزيلعي وغيره أنه لا اعتبار بالسن من السبع على ما قيل أو التسع، وإنما المعتبر أن تصلح للجماع بأن

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٤٩١/١

تكون عبلة ضخمة. والعبلة: المرأة التامة الخلق اهـ فكلام الشارح غير معتمد لأنه قد يوجد خصوصا في هذا الزمان بنت تسع لا تطيق الوطء ط (قوله أو فرجة تسع رجلا) معطوف على حائل لكنه منون لوصفه بالجملة. اهـ. ح. وفي معراج الدراية: لو كان بينهما فرجة تسع الرجل أو أسطوانة، قيل لا تفسد، وكذا إذا قامت أمامه وبينهما هذه الفرجة. اهـ.

واستشكله في البحر بما اتفقوا على نقله عن أصحابنا، من أن المرأة تفسد صلاة رجلين من جانبيها، واحد عن يمينها، وواحد عن يسارها، وكذا المرأتان والثلاث؛ وكذا تفسد صلاة من خلفها، فالواحدة تفسد من خلفها صلاة رجل، ولو كانتا اثنتين فصلاة رجلين، ولو ثلاثا فصلاة ثلاثة ثلاثة إلى آخر الصفوف، ولو كن صفا بين الرجال والإمام لا يصح اقتداء الرجال. قال: ووجه **إشكاله** أن الرجل الذي هو خلفها أو الصف الذي هو خلفهن بينه وبينها فرجة قدر مقام الرجل، وقد جعلوا الفرجة كالحائل فيمن عن جانبها أو خلفها، فتعين أن يحمل على ما إذا كان خلفها من غير فرجة محاذيا لها بحيث لا يكون بينه وبينها قدر مقام رجل، ولهذا قال في السراج: ولو قامت وسط الصف تفسد صلاة واحد عن يمينها وواحد عن يسارها وواحد خلفها بحذائها دون الباقين، فقد شرط أن يكون من خلفها محاذيا لها للاحتراز عن وجود الفرجة، وكذا صرح به الزيلعي والحاكم الشهيد اهـ ملخصا، وقدمنا نحوه قريبا عن النهر. وأفاد في النهر أيضا أن اشتراط المحاذاة للفساد ليس خاصا بتقدم المرأة الواحدة بل الصف من النساء كذلك، أي فحيث لم يحاذهن صفوف الرجال فلا فساد.

والحاصل أن المراد من إفساد صلاة من خلفها أن يكون محاذيا لها من خلفها: أي بأن يكون مسامتا لها غير منحرف عنها يمنة أو يسرة قدر مقام الرجل لا مطلق كونه خلفها، ومراد البحر من تعيين الحمل على المحاذاة ما ذكرنا، وليس مراده بالمحاذاة ما فهمه المحشي من قيام الرجل خلفها، بأن يكون وجهه إلى ظهرها قريبا منها بحيث لا يكون بينه وبينها قدر مقام الرجل لأن مرادهم أنها تفسد صلاة رجل من الصف الذي خلفها، ولا بد من وجود فرجة بين الصفين أكثر من قدر مقام الرجل، وهذا منشأ **الإشكال**؛ وقد استشهد صاحب البحر على **جوابه** بعبارة السراج وغيرها مما فيه التصريح بالصفوف، فعلم أن مراده اشتراط محاذاتها لمن خلفها في الصف المتأخر، فيتعين حملها على ما ذكرناه، وإلا لزم أن لا يفسد الصف سوى صلاة صف واحد من الرجال، ولا الثلاث سوى صلاة ثلاثة رجال من الصف الذي خلفهن فقط دون باقي الصفوف فافهم (قوله في صلاة وإن لم تتحد) أشار إلى تعميم الصلاة بما ذكره القهستاني بقوله: فريضة أو نافلة، واجبة أو سنة: أي تطوع أو فريضة في حق الإمام تطوع في حق المقتدين. قال: وفيه إشارة إلى أن محاذاة المجنونة لا تفسد؛ لأن صلاتها ليست بصلاة في الحقيقة." (١)

"وما في المجتبى الاقتداء بالمماثل صحيح إلا ثلاثة: الخنثى المشكل والضالة والمستحاضة: أي لاحتمال الحيض؛ فلو انتفى صح (و) لا (حافظ آية من القرآن بغير حافظ لها) وهو الأمي، ولا أمي بأخرس لقدرة الأمي على التحريمة فصح عكسه (و) لا (مستور عورة بعار) .

فلو أم العاري عريانا ولابسين فصلاة الإمام ومماثله جائزة اتفاقا، وكذا ذو جرح بمثله وبصحيح (و) لا (قادر على ركوع وسجود بعاجز عنهما) لبناء القوي على الضعيف (و) لا (مفترض بمتنفل وبمفترض فرضا آخر) لأن اتحاد الصلاتين شرط

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٥٧٣/١

عندنا. وصح «أن معاذا كان يصلي مع النبي

ـــــــQونجاسة اهـ فإنه خلاف المذهب كما علمت.

(قوله وما في المجتبى) مبتدأ خبره قوله الآتي: أي لاحتمال الحيض أي ما في المجتبى مفسر بكذا (قوله الاقتداء بالمخالف) كذا في بعض النسخ، وسقط من بعض النسخ لفظة الاقتداء (قوله أي لاحتمال الحيض) أي واحتمال ذكورة المقتدية وأنوثة الإمام، ثم إن هذا في الضالة ظاهر، وقد صرح به في القنية بقوله: ومن جوز اقتداء الضالة بالضالة فقد غلط غلطا فاحشا لاحتمال اقتدائها بالحائض. اهـ. وأما في المستحاضة فمشكل لأن المستحاضة حقيقة لا تحتمل أن تكون حائضا كمن تجاوز دمها على عشرة في الحيض أو أربعين في النفاس إلا أن يراد بها نحو المبتدأة قبل تمام ثلاثة أيام فإنها تترك الصلاة بمجرد رؤيتها الدم، فإن تم ثلاثة فيها وإلا قضت، فهي الثلاث يحتمل حالها الحيض والاستحاضة، وكذا المعتادة إذا تجاوز الدم على عادتها فإنها يحتمل أن ينقطع لعشرة فتكون حائضا أو لأكثر فتكون مستحاضة، فلا يجوز لمثلها الاقتداء بها. قال الرحمتي الذي رأيته في المجتبى: واقتداء المستحاضة بالمستحاضة يجوز والضالة بالضالة لا يجوز كالخنثى المشكل بالمشكل اهـ وهذه لا **إشكال** فيها، ولعل نسخة صاحب البحر محرفة وتبعوه عليها تأمل اهـ لكن الذي في القهستاني موافق لما هنا. هذا، وقد ذكر في القنية روايتين في الخنثى المشكل (قوله فلو انتفى) أي الاحتمال ح.

(قوله بغير حافظ لها) شمل من يحفظها أو أكثر منها، لكن بلحن مفسد للمعنى لما في البحر: الأمي عندنا من لا يحسن القراءة المفروضة، وعند الشافعي من لا يحسن الفاتحة (قوله ولا أمي بأخرس) أما اقتداء أخرس بأخرس أو أمي بأمي فصحيح ط عن أبي السعود (قوله فصح عكسه) تفريع على التعليل لأن قدرة الأمي على التحريمة دليل على أنه أقوى حالا من الأخرس فصح اقتداء الأخرس به دون عكسه، ومفهومه أنه إذا لم يقدر صح اقتداء كل منهما بالآخر تأمل (قوله اتفاقا) بخلاف الأمي إذا أم أميا وقارئا فإن صلاة الكل فاسدة عند الإمام لأن الأمي يمكن أن يجعل صلاته بقراءة إذا اقتدى بقارئ لأن قراءة الإمام له قراءة وليست طهارة الإمام وستره طهارة وسترا للمأموم حكما فافترقا بحر (قوله وكذا ذو جرح بمثله وبصحيح) تبع في هذا التعبير صاحب البحر، والأولى: مثله وصحيحا، فإن التقدير. وكذا لو أم ذو جرح مثله وصحيحا، وأم يتعدى بنفسه ح (قوله بعاجز عنهما) أي بمن يومئ بهما قائما أو قاعدا، بخلاف ما لو أمكناه قاعدا فصحيح كما سيأتي. قال ط: والعبرة للعجز عن السجود، حتى لو عجز عنه وقدر على الركوع أومأ (قوله وبمفترض فرضا آخر) سواء تغاير الفرضان اسما أو صفة كمصلي ظهر أمس بمصلي ظهر اليوم؛ بخلاف ما إذا فاتتهم صلاة واحدة من يوم واحد فإنه يجوز؛ وكذا لو صلى ركعتين من العصر فغربت الشمس فاقتدى به آخر في الأخريين لأن الصلاة واحدة وإن كان هذا قضاء للمقتدي جوهرة.

(قوله لأن اتحاد الصلاتين إلخ) قدمنا أول الباب معنى اتحادهما (قوله وصح أن معاذا إلخ) أي صح عند أئمتنا وترجح، وهو **جواب** عما استدل به الشافعي على جواز الفرض بالنفل وهو ما في الصحيحين «أن معاذا كان يصلي مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عشاء الآخرة ثم يرجع إلى قومه فيصلي بهم تلك الصلاة»." (١)

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٥٧٩/١

"(ولو اقتدى بإمام راكع فوقف حتى رفع الإمام رأسه لم يدرك) المؤتم (الركعة) لأن المشاركة في جزء من الركن شرط ولم توجد فيكون مسبوقا فيأتي بها بعد فراغ الإمام، بخلاف ما لو أدركه في القيام ولم يركع معه فإنه يصير مدركا لها فيكون لاحقا

ـــــــQهذا الرغيف لا يحنث إلا بأكل كله، فإن الأكثر لا يقام مقام الكل

(قوله وإذا أمن فوت الوقت إلخ) أي بأن كان الوقت باقيا لا كراهة فيه كما في فتح القدير.

ثم اعلم أن عبارة المصنف مساوية لعبارة الكنز. وقال الزيلعي: وهو كلام مجمل يحتاج إلى تفصيل فنقول: إن التطوع على وجهين: سنة مؤكدة وهي الرواتب. وغير مؤكدة وهي ما زاد عليها؛ والمصلي لا يخلو إما أن يؤدي الفرض جماعة أو منفردا؛ فإن كان بجماعة فإنه يصلي السنن الرواتب قطعا، فلا يخير فيها مع الإمكان لكونها مؤكدة، وإن كان يؤديه منفردا فكذلك **الجواب** في رواية. وقيل يتخير، والأول أحوط لأنها شرعت قبل الفرض لقطع طمع الشيطان عن المصلي وبعده لجبر نقصان تمكن في الفرض، والمنفرد أحوج إلى ذلك، والنص الوارد فيها لم يفرق فيجري على إطلاقه، إلا إذا خاف الفوت لأن أداء الفرض في وقته واجب؛ وأما ما زاد على السنن الرواتب فيتخير المصلي فيه مطلقا اهـ أي سواء صلى الفرض منفردا أو بجماعة. والظاهر أن المصنف لما رأى هذا الإجمال في عبارة الكنز زاد عليها قوله ويأتي بالسنة ولو صلى منفردا تصريحا بما أجمله فافهم.

(قوله مشكل بما مر) أي من أنه إذا خاف فوت ركعتي الفجر مع الإمام يترك سنته وإذا خاف فوت ركعة من الظهر يترك سنته، فكيف يقال إنه يأتي بالسنة وإن فاتته الجماعة. وقد استشكل ذلك المصنف في المنح، وكذا صاحب النهر والشيخ إسماعيل وهو في غاية العجب، فإن معنى قوله وإن فاتته الجماعة أي أنه إذا دخل المسجد ورأى الإمام صلى وأراد أن يصلي وحده لفوت الجماعة فإنه يصلي السنة الراتبة لكونها مكملة والمنفرد أحوج إلى ذلك. وعبارة الدرر صريحة في ذلك ونصها: من فاتته الجماعة فأراد أن يصلي الفرض منفردا فهل يأتي بالسنن؟ قال بعض مشايخنا: لا يأتي بها لأنها إنما يؤتى بها إذا أدى الفرض بالجماعة، لكن الأصح أن يأتي بها وإن فاتته الجماعة إلا إذا ضاق الوقت فحينئذ يترك اهـ فتوهم أن المراد أنه يأتي بالسنة وإن لزم من الإتيان بها تفويت الجماعة في غاية العجب، وأعجب منه التعجب من أن الشرنبلالي لم يتعرض في حاشيته على الدرر لبيان هذا **الإشكال**.

هذا، وقد قرر الخير الرملي كلام الدرر بنحو ما ذكرنا، ثم قال فافهم ذلك وكن على بصيرة منه، فإن صاحب النهر والمنح قد خلطا وخبطا في هذه المسألة خلطا فاحشا

(قوله فوقف) وكذا لو لم يقف بل انحط فرفع الإمام قبل ركوعه لا يصير مدركا لهذه الركعة مع الإمام فتح. ويوجد في بعض النسخ: فوقف بلا عذر أي بأن أمكنه الركوع فوقف ولم يركع، وذلك لأن المسألة فيها خلاف زفر؛ فعنده إذا أمكنه الركوع فلم يركع أدرك الركعة لأنه أدرك الإمام فيما له حكم القيام.

(قوله لأن المشاركة) أي أن الاقتداء متابعة على وجه المشاركة ولم يتحقق من هذا مشاركة لا في حقيقة القيام ولا في الركوع

فلم يدرك معه الركعة إذ لم يتحقق منه مسمى الاقتداء بعد، بخلاف من شاركه في القيام ثم تخلف عن الركوع لتحقق مسمى الاقتداء منه بتحقق جزء مفهومه، فلا ينتقض بعد ذلك بالتخلف لتحقق مسمى اللاحق في الشرع اتفاقا وهو بذلك وإلا انتفى هذا، وكذلك في الفتح.." (١)

"(ولها درع) أي قميص (وإزار وخمار ولفافة وخرقة تربط بها ثدياها) وبطنها (وكفاية له إزار ولفافة) في الأصح (ولها ثوبان وخمار)

ـــــــQوإن كانت للروح لكن للروح نوع تعلق بالجسد (قوله: ولها) أي ويسن في الكفن للمرأة (قوله أي قميص) أشار إلى ترادفهما كما قالوا: وقد فرق بينهما بأن شق الدرع إلى الصدر والقميص إلى المنكب قهستاني (قوله وخمار) بكسر الخاء ما تغطي به المرأة رأسها قال الشيخ إسماعيل ومقداره حالة الموت ثلاثة أذرع بذراع الكرباس يرسل على وجهها، ولا يلف كذا في الإيضاح والعتابي. اهـ. (قوله وخرقة) والأولى أن تكون من الثديين إلى الفخذين نهر عن الخانية (قوله وكفاية) أي الاقتصار على الثوبين له كفن الكفاية لأنه أدنى ما يلبس حال حياته وكفنه كسوته بعد الوفاة فيعتبر بكسوته في الحياة ولهذا تجوز صلاته فيهما بلا كراهة معراج.

وحاصله أن كفن الكفاية هو أدنى ما يكفيه بلا كراهة فهو دون كفن السنة وهل هو سنة أيضا أو واجب؟ الذي يظهر لي الثاني ولذاكره الأقل منه كما يذكره الشارح وقال في البحر: قالوا: ويكره أن يكفن في ثوب واحد حالة الاختيار لأن في حالة حياته تجوز صلاته في ثوب واحد مع الكراهة وقالوا: إذا كان بالمال قلة، والورثة كثرة فكفن الكفاية أولى وعلى القلب كفن السنة أولى ومقتضاه أنه لو كان عليه ثلاثة أثواب وليس له غيرها وعليه دين أن يباع منها واحد للدين لأن الثالث ليس بواجب حتى ترك للورثة عند كثرتهم والدين أولى مع أنهم صرحوا كما في الخلاصة بأنه لا يباع شيء منها بالدين كما في حالة الحياة إذا أفلس وله ثلاثة أثواب هو لابسها لا ينزع عنه شيء ليباع اهـ ما في البحر وهو مأخوذ من الفتح وقال في الفتح ولا يبعد **الجواب** اهـ وذكر **الجواب** بعضهم بأن يفرق بين الميت والحي بأن عدم الأخذ من الحي لاحتياجه ولا كذلك الميت. اهـ.

أقول: أنت خبير بأن **الإشكال** جاء من تصريحهم بعدم الفرق بين الحي والميت فأنى يصح هذا **الجواب**؟ نعم يصح على ما قاله السيد في شرح السراجية من أنه إذا كان الدين مستغرقا فللغرماء المنع من تكفينه بما زاد على كفن الكفاية. وقال الشارح في فرائض الدر المنتقى وهل للغرماء المنع من كفن المثل قولان والصحيح نعم اهـ ومثله في سكب الأنهر لكن قال أيضا: ألا ترى أنه لو كان للمديون ثياب حسنة في حال حياته ويمكنه الاكتفاء بما دونها يبيعها القاضي، ويقضي الدين ويشتري بالباقي ثوبا يلبسه فكذا في الميت المديون كذا اختاره الخصاف في أدب القاضي. اهـ.

ثم رأيت مثله في حاشية الرملي عن شرح السراجية المسمى ضوء السراج للكلاباذي: وحينئذ فلا **إشكال**، ولا **جواب** وبه علم أن ما مر عن الخلاصة خلاف الصحيح وقد يوفق بحمل ما في الخلاصة في الحي على ما إذا لم يكتف بما دون الثلاثة، وفي الميت على ما إذا لم يمنعهم الغرماء قال في شرح قلائد المنظوم صحح العلامة حيدر في شرحه على السراجية المسمى

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٦٠/٢

بالمشكاة بأن للورثة تكفينه بكفن المثل ما لم يمنعهم الغرماء. اهـ.
قلت: والظاهر أن المراد بعدم المنع الرضا بذلك، وإلا فكيف يسوغ للورثة تقديم المسنون على الدين الواجب ثم إن هذا مؤيد لما بحثناه من أن كفن الكفاية واجب بمعنى أنه لا يجوز أقل منه عند الاختيار ثم رأيت في شرح المقدسي قال: وهذا أقل ما يجوز عند الاختيار، والله – تعالى – أعلم (قوله: في الأصح) وقيل قميص ولفافة زيلعي قال في البحر: وينبغي عدم التخصيص بالإزار واللفافة لأن كفن الكفاية معتبر بأدنى ما يلبسه الرجل في حياته من غير كراهة كما علل به في البدائع اهـ (قوله: ولها ثوبان) لم يعينهما كالهداية وفسرهما في الفتح بالقميص واللفافة وعينهما في الكنز بالإزار واللفافة قال في البحر: والظاهر كما قدمناه عدم التعيين بل إما قميص وإزار أو إزاران." (١)

"الصحة إذا نوى بالدفع لظلمة زماننا الصدقة عليهم لأنهم بما عليهم من التبعات فقراء، حتى أفتي أمير بلخ بالصيام لكفارة عن يمينه؛ ولو أخذها الساعي جبرا لم تقع زكاة لكونها بلا اختيار ولكن يجبر بالحبس ليؤدي بنفسه لأن الإكراه لا ينافي الاختيار. وفي التجنيس: المفتى به سقوطها في الأموال الظاهرة لا الباطنة. (ولو خلط السلطان المال المغصوب بماله ملكه فتجب الزكاة فيه ويورث عنه) ؛ لأن الخلط استهلاك إذا لم يمكن تمييز عند أبي حنيفة، وقوله أرفق إذ قلما يخلو مال عن غصب،

ـــــــQبما عليهم من التبعات صاروا فقراء والأحوط الإعادة اهـ وهذا موافق لما صححه في المبسوط، وتبعه في الفتح، فقد اختلف التصحيح والإفتاء في الأموال الباطنة إذا نوى التصدق بها على الجائر وعلمت ما هو الأحوط.
قلت: وشمل ذلك ما يأخذه المكاس؛ لأنه وإن كان في الأصل هو العاشر الذي ينصبه الإمام، لكن اليوم لا ينصب لأخذ الصدقات بل لسلب أموال الناس ظلما بدون حماية فلا تسقط الزكاة بأخذه كما صرح به في البزازية فإذا نوى التصديق عليه كان على الخلاف المذكور (قوله: لأنهم بما عليهم إلخ) علة لقوله قبله الأصح الصحة، وقوله بما عليهم تعلق بقوله فقراء (قوله: حتى أفتي) بالبناء للمجهول، والمفتي بذلك محمد بن سلمة، وأمير بلخ هو موسى بن عيسى بن ماهان والي خراسان سأله عن كفارة يمينه فأفتاه بذلك، فجعل يبكي ويقول لحشمه إنهم يقولون لي ما عليك من التبعات فوق ما لك من المال فكفارتك كفارة يمين من لا يملك شيئا.
قال في الفتح: وعلى هذا لو أوصى بثلث ماله للفقراء فدفع إلى السلطان الجائر سقط، ذكره قاضي خان في الجامع الصغير. وعلى هذا فإنكارهم على يحيى بن يحيى تلميذ مالك حيث أفتى بعض ملوك المغاربة في كفارة عليه بالصوم غير لازم، لجواز أن يكون للاعتبار المذكور لا لكون الصوم أشق عليه من الإعتاق، وكون ما أخذه خلطه بماله بحيث لا يمكن تمييزه فيملكه عند الإمام غير مضر لاشتغال ذمته بمثله، والمديون بقدر ما في يده فقير اهـ ملخصا.
قلت: وإفتاء ابن سلمة مبني على ما صححه في التقرير من أن الدين لا يمنع التكفير بالمال، أما على ما صححه في الكشف الكبير وجرى عليه الشارح فيما مر تبعا للبحر والنهر فلا (قوله: لم تقع زكاة) في بعض النسخ لم تصح زكاة، وعزا هذا في البحر إلى المحيط.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٢٠٣/٢

ثم قال: وفي مختصر الكرخي إذا أخذها الإمام كرها فوضعها موضعها أجزأ؛ لأن له ولاية أخذ الصدقات فقام أخذه مقام دفع المالك. وفي القنية: فيه **إشكال**؛ لأن النية فيه شرط ولم توجد منه. اهـ.

قلت: قول الكرخي فقام أخذه إلخ يصلح **للجواب** تأمل. ثم قال في البحر: والمفتى به التفصيل إن كان في الأموال الظاهرة يسقط الفرض؛ لأن للسلطان أو نائبه ولاية أخذها، وإن لم يضعها موضعها لا يبطل أخذه وإن كان في الباطنة فلا. اهـ.

(قوله: وفي التجنيس) في بعض النسخ لكن بدل الواو وهو استدراك على ما في المبسوط وقد أسمعناك آنفا ما في التجنيس. وقد يدعي عدم المخالفة بينهما بحمل ما في التنجيس على ما إذا دفع إلى السلطان مال المكس أو المصادرة ونوى به كونه زكاة ليصرفه السلطان في مصارفه ولم ينو بذلك التصدق به على السلطان، ويؤيد هذا الحمل قوله؛ لأنه ليس له ولاية أخذ الزكاة من الأموال الباطنة فلا ينافي ذلك قول المبسوط الأصح أن ما يأخذه ظلمة زماننا من الجبايات والمصادرات يسقط عن أرباب الأموال إذا نووا عند الدفع التصدق عليهم؛ لأنهم بما عليهم من التبعات فقراء فليتأمل (قوله: بماله) متعلق بخلط، وأما لو خلطه بمغصوب آخر فلا زكاة فيه كما يذكره في قوله كما لو كان الكل خبيثا (قوله: لأن الخلط استهلاك) أي بمنزلته من حيث إن حق الغير يتعلق بالذمة لا بالأعيان ط.

(قوله: عند أبي حنيفة) أما على قولهما ضمان، وحينئذ فلا يثبت الملك؛ لأنه فرع الضمان، ولا يورث عنه؛ لأنه." [١]

"كأن يتوسع في النفقة ويحافظ على الطهارة وعلى صون لسانه ويستأذن أبويه ودائنه وكفيله ويودع المسجد بركعتين ومعارفه ويستحلهم ويلتمس دعاءهم ويتصدق بشيء عند خروجه ويخرج يوم الخميس ففيه خرج - عليه الصلاة والسلام - في حجة الوداع أو الاثنين أو الجمعة بعد التوبة والاستخارة أي في أنه هل يشتري أو يكتري وهل يسافر برا أو بحرا وهل يرافق فلانا أو لا لأن الاستخارة في الواجب والمكروه لا محل لها وتمامه في النهر.

(وأشهره شوال وذو القعدة) بفتح القاف وتكسر (وعشر ذي الحجة) بكسر الحاء وتفتح وعند الشافعي ليس منها يوم النحر وعند مالك ذو الحجة كله عملا بالآية.

قلنا اسم الجمع يشترك فيه ما وراء الواحد، وفائدة التأقيت أنه لو فعل شيئا من أفعال الحج خارجها لا يجزيه

ــــــــQقوله كأن يتوسع في النفقة إلخ) أفاد بالكاف أنه بقي منها أشياء لم يذكرها لأنها ستأتي كطواف القدوم للآفاقي والابتداء من الحجر الأسود على أحد الأقوال والخطب الثلاث والخروج يوم التروية وغيرها مما سيعلم (قوله وعلى صون لسانه) أي عن المباح والمكروه تنزيها وإلا فهو واجب (قوله ويستأذن أبويه إلخ) أي إذا لم يكونا محتاجين إليه وإلا فيكره وكذا يكره بلا إذن دائنه وكفيله والظاهر أنها تحريمية لإطلاقهم الكراهة ويدل عليه قوله في ما مر في تمثيله للحج المكروه كالحج بلا إذن مما يجب استئذانه فلا ينبغي عده ذلك من السنن والآداب.

(قوله بفتح القاف وتكسر) أي مع سكون العين وحكي الفتح مع كسر العين (قوله وتفتح) عزاه الشيخ إسماعيل إلى تحرير

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٢/٢٩٠

الإمام النووي، وقال خلافا لما في شرح الشمني من أنه لم يسمع إلا بالكسر (قوله وعند الشافعي ليس منها يوم النحر) هو رواية عن أبي يوسف أيضا كما في النهر وغيره وظاهر المتن يوافقه لأنه ذكر العدد فكان المراد عشر ليال لكن إذا حذف التمييز جاز التذكير فيكون المعنى عشرة أيام أفاده ح عن القهستاني وقيل إن العشر اسم لهذه الأيام العشرة فليس المراد به اسم العدد، حتى يعتبر فيه التذكير مع المؤنث والعكس تأمل (قوله ذو الحجة كله) مبتدأ محذوف الخبر تقديره منها ح (قوله عملا بالآية) أي قوله تعالى - ﴿الحج أشهر معلومات﴾ [البقرة: ١٩٧]- (قوله قلنا اسم الجمع إلخ) الإضافة بيانية أي اسم هو جمع وإلا فأشهر صيغة جمع حقيقة، وهذا أحد **جوابين** للزمخشري.

حاصله: أنه يجوز في إطلاق صيغة الجمع على ما فوق الواحد لعلاقة معنى الاجتماع والتعدد وثانيهما أن التجوز في جعل بعض الشهر شهرا فالأشهر على الحقيقة واعترض الأول بأن فيه إخراج العشر عن الإرادة لخروجه عن الشهرين، وأجيب بأنه داخل فيما فوق الواحد، وهذا كله على تقدير الحج ذو أشهر، أما على تقدير الحج في أشهر، فلا حاجة إلى التجوز لأن الظرفية لا تقتضي الاستيعاب لكن بين المراد الحديث الوارد في تفسير الآية بأنها شوال وذو القعدة وعشر ذي الحجة (قوله وفائدة التأقيت إلخ) **جواب** عن **إشكال** تقريره أن التوقيت بها إن اعتبر للفوات أي إن أفعال الحج لو أخرت عن هذا الوقت يفوت الحج لفوته بتأخير الوقوف عن طلوع فجر العاشر يلزم أن لا يصح طواف الركن بعده وإن خصص الفوات بفوت معظم أركانه، وهو الوقوف، يلزم أن لا يكون العاشر منها كما هو رواية عن أبي يوسف وإن اعتبر التوقيت المذكور لأداء الأركان في الجملة يلزم أن يكون ثاني النحر وثالثه منها: لجواز الطواف فيهما، وأجاب الشارح تبعا للبحر وغيره بما يفيد اختيار الأخير وذلك بأن فائدته أن شيئا من أفعال الحج لا يجوز إلا فيها حتى لو صام المتمتع أو القارن ثلاثة أيام قبل أشهر الحج لا يجوز.

وكذا السعي عقب طواف القدوم لا يقع عن سعي الحج إلا فيها، حتى لو فعله في رمضان لم يجز، ولو اشتبه عليهم يوم عرفة فوقفوا فإذا هو يوم النحر جاز لوقوعه في زمانه، ولو ظهر أن الحادي عشر لم يجز كما في اللباب وغيره قال القهستاني: ولا ينافيه إجزاء الإحرام قبلها ولا إجزاء الرمي والحلق وطواف الزيارة وغيرها بعدها لأن ذلك محرم فيه. اهـ.." [(١)]

"(و) أنه (يكره الإحرام) له (قبلها) وإن أمن على نفسه من المحظور لشبهه بالركن كما مر وإطلاقها يفيد التحريم

(والعمرة) في العمر (مرة سنة مؤكدة) على المذهب وصحح في الجوهرة وجوبها.

قلنا المأمور به في الآية الإتمام وذلك بعد الشروع وبه نقول (وهي إحرام وطواف وسعي) وحلق أو تقصير فالإحرام شرط، ومعظم الطواف ركن

ــــــــQقلت: فيه نظر لأن طواف الزيارة يجوز في يومين بعد عشر ذي الحجة كما علمته وإن كان في أوله أفضل فالمناسب **الجواب** عن **الإشكال** بأن فائدة التوقيت ابتداء عدم جواز الأفعال قبله وانتهاء الفوات بفوت معظم أركانه وهو الوقوف، ولا يلزم خروج اليوم العاشر لما علمته من جوازه فيه عند الاشتباه بخلاف الحادي عشر هذا ما ظهر لي فافهم (قوله وأنه

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٢/٤٧١

يكره الإحرام إلخ) عطف على قوله أنه لو فعل وهو ظاهر في أنه أراد بأفعال الحج غير الإحرام، فلا ينافي إجزاء الإحرام مع الكراهة فقوله لا يجزيه واقع في محزه فافهم نعم في كون الكراهة فائدة التوقيت خفاء ولعل وجهه كون الإحرام شبيها بالركن تأمل (قوله قبلها) أفاد أنه لو أحرم فيها بحج ولو لعام قابل لا يكره، ولذا قال في الذخيرة لا يكره الإحرام بالحج يوم النحر، ويكره قبل أشهر الحج قال في النهر وينبغي أن يكون مكروها حيث لم يأمن على نفسه وإن كان في أشهر الحج (قوله لشبهه بالركن) علة لقوله يكره أي ولو كان ركنا حقيقة لم يصح قبلها فإذا كان شبيها به كره قبلها لشبهه وقربه من عدم الصحة بحر (قوله كما مر) أي عند قوله فرضه الإحرام (قوله وإطلاقها) أي الكراهة يفيد التحريم، وبه قيدها القهستاني ونقل عن التحفة الإجماع على الكراهة، وبه صرح في البحر من غير تفصيل بين خوف الوقوع في محظور أو لا قال: ومن فصل كصاحب الظهيرية قياسا على الميقات المكاني، فقد أخطأ لكن نقل القهستاني أيضا عن المحيط التفصيل ثم قال وفي النظم عنه أنه يكره إلا عند أبي يوسف

[مطلب في أحكام العمرة]

مطلب أحكام العمرة (قوله والعمرة في العمر مرة سنة مؤكدة) أي إذا أتى بها مرة فقد أقام السنة غير مقيد بوقت غير ما ثبت النهي عنها فيه إلا أنها في رمضان أفضل هذا إذا أفردها فلا ينافيه أن القران أفضل لأن ذلك أمر يرجع إلى الحج لا العمرة.

فالحاصل: أن من أراد الإتيان بالعمرة على وجه أفضل فيه فبأن يقرن معه عمرة فتح، فلا يكره الإكثار منها خلافا لمالك، بل يستحب على ما عليه الجمهور وقد قيل سبع أسابيع من الأطوفة كعمرة شرح اللباب (قوله وصحيح في الجوهرة وجوبها) قال في البحر واختاره في البدائع وقال إنه مذهب أصحابنا، ومنهم من أطلق اسم السنة، وهذا لا ينافي الوجوب. اهـ.

والظاهر من الرواية السنية فإن محمدا نص على أن العمرة تطوع اهـ ومال إلى ذلك في الفتح وقال بعد سوق الأدلة تعارض مقتضيات الوجوب والنفل، فلا تثبت ويبقى مجرد فعله - عليه الصلاة والسلام - وأصحابه والتابعين، وذلك يوجب السنة فقلنا بها (قوله قلنا المأمور إلخ) جواب عن سؤال مقدر أورده في غاية البيان دليلا على الوجوب، ثم أجاب عنه بما ذكره الشارح، ثم هذا مبني على أن المراد بالإتمام تتميم ذاتهما أي تتميم أفعالهما أما إذا أريد به إكمال الوصف وعليه ما نقله في البحر من أن الصحابة فسرت الإتمام بأن يحرم بهما من دويرة أهله، ومن الأماكن القاصية فلا حاجة إلى الجواب للاتفاق على أن الإتمام بهذا المعنى غير واجب فالأمر فيه للندب إجماعا فلا يدل على وجوب العمرة فافهم (قوله وحلق أو تقصير) لم يذكره المصنف." (١)

"(و) يجب (على من دخل مكة بلا إحرام) لكل مرة (حجة أو عمرة) فلو عاد فأحرم بنسك أجزأه عن آخر دخوله، وتمامه في الفتح (وصح منه) أي أجزأه عما لزمه بالدخول (لو أحرم عما عليه) من حجة الإسلام أو نذر أو عمرة منذورة لكن (في عامه ذلك) لتداركه المتروك في وقته (لا بعده)

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٤٧٢/٢

ـــــــــــــهفعلم أن الشرط لسقوط الإحرام أن يقصد دخول الحل فقط، ويدل عليه أيضا ما نقلناه عن الكافي من قوله وهو لا يريد دخولها أي مكة، وإنما يريد البستان، وكذا ما نقلناه عن البدائع من قوله فأما إذا لم يرد ذلك وإنما أراد أن يأتي بستان بني عامر، وكذا قوله في اللباب: ومن جاوز وقته يقصد مكانا من الحل ثم بدا له أن يدخل مكة فله أن يدخلها بغير إحرام فقوله ثم بدا له أي ظهر وحدث له يقتضي أنه لو أراد دخول مكة عند المجاوزة يلزمه الإحرام وإن أراد دخول البستان لأن دخول مكة لم يبد له بل هو مقصوده الأصلي، وقد أشار في البحر إلى هذا **الإشكال** وأشار إلى **جوابه** بما تقدم عنه من أنه لا بد أن يكون قصد البستان من حين خروجه من بيته: أي بأن يكون سفره المقصود لأجل البستان لا لأجل دخوله مكة كما قدمناه. وأجاب أيضا في شرح اللباب بقوله والوجه في الجملة أن يقصد البستان قصدا أوليا، ولا يضره دخول الحرم بعده قصدا ضمنيا أو عارضيا، كما إذا قصد هندي جدة لبيع وشراء أولا ويكون في خاطره أنه إذا فرغ منه أن يدخل مكة ثانيا، بخلاف من جاء من الهند بقصد الحج أولا ويقصد دخول جدة تبعا ولو قصد بيعا وشراء. اهـ.

وهو قريب من **جواب** البحر لأن حاصله أن يكون المقصود من سفره البيع والشراء في الحل ويكون دخول مكة تبعا، لكن ينافيه قولهم ثم بدا له دخول مكة فإنه يفيد أنه لا بد أن يكون دخولها عارضا غير مقصود لا أصالة ولا تبعا، بل يكون المقصود دخول الحل فقط كما هو ظاهر **جواب** البحر وكلام الكافي والبدائع واللباب وغيرها، وهذا مناف لقولهم إنه الحيلة لآفاقي يريد دخول مكة بلا إحرام لأنه إذا كان قصده دخول الحل فقط لم يحتج إلى حيلة إذا بدا له دخول مكة، على أن هذا أيضا فيمن أراد دخول مكة لحاجة غير النسك؛ أما لو أراد النسك فلا يحل له دخولها بلا إحرام لأنه إذا صار من أهل الحل فميقاته ميقاتهم وهو الحل كما مر مرارا، فكيف من خرج من بيته لأجل الحج فافهم.

(قوله ويجب على من دخل مكة) أي والحرم سواء قصد التجارة أو النسك أم غيرهما كما تفيده عبارة البدائع السابقة وتقدم التصريح به شرحا ومتنا قبيل فصل الإحرام، وصرح به في اللباب أيضا (قوله فلو عاد) أي إلى الميقات كما قيد به في الهداية، لكن في البدائع أنه إذا أقام بمكة حتى تحولت السنة يجزئه ميقات أهل مكة وهو الحرم للحج والحل للعمرة لأنه لما أقام بمكة صار في حكم أهلها. اهـ. والتعليل يفيد أن تحول السنة غير قيد كذا في الفتح، ثم التقييد بالخروج إلى الميقات لأجل سقوط الدم لا للإجزاء لأن الواجب عليه بدخول مكة بلا إحرام أمران: الدم والنسك وبه يحصل التوفيق كما أفاده في الشرنبلالية (قوله عن آخر دخوله) أي وعليه قضاء ما بقي لباب (قوله وتمامه في الفتح) حيث علل ذلك بأن الواجب قبل الأخير صار دينا في ذمته فلا يسقط إلا بالتعيين بالنية. اهـ. ح (قوله وصح منه إلخ) أي إذا دخل مكة بلا إحرام ولزمه بذلك حجة أو عمرة فخرج إلى الميقات وأحرم بحجة أو عمرة واجبة عليه بسبب آخر فإنه يجزئه ذلك عما لزمه بالدخول وإن لم ينوه إذا كان ذلك في عام الدخول لا بعده (قوله من حجة الإسلام إلخ) احترز به عما لو أحرم عما عليه بسبب الدخول، فإنه قدمه في قوله فإن عاد إلخ.

والظاهر أنه لو عاد إلى الميقات ونوى نسكا نفلا يقع واجبا عما عليه بالدخول، ولا يكون نفلا لأنه بعد تقرر الوجوب

عليه، بخلاف ما إذا نواه نفلا قبل مجاوزة الميقات فإنه يقع نفلا لعدم وجوب شيء عليه بعد لحصول المقصود من تعظيم البقعة بالإحرام كما حققناه أول الحج فافهم (قوله في عامه ذلك إلخ) أي عام الدخول قال في الهداية لأنه تلافى." (١)

"بخلاف ما لو أهل بحج عن أبويه أو غيرهما من الأجانب حال كونه (متبرعا فعين بعد ذلك جاز)

ـــــــQولم يتحقق ذلك لأنه يمكنه التعيين إلا إذا شرع في الأعمال ولو شوطا لأن الأعمال لا تقع لغير معين فتقع عنه ثم لا يمكنه تحويلها إلى غيره، وإنما له تحويل الثواب فقط، ولولا النص لم يتحول الثواب أيضا. وفي الصورة الثالثة لا خفاء أنه ليس فيها مخالفة لأحد الآمرين ولا تعذر التعيين ولا تقع عن نفسه لما قدمناه. وأما الرابعة فأظهر الكل. اهـ ما في الفتح ملخصا.

وأنت خبير بأن ما قرره في الصورة الثانية صريح في أنه إذا شرع في الأعمال قبل تعيين أحد الآمرين وقعت الحجة عن نفسه لتحقق المخالفة والعجز عن التعيين، وكذا تقع عن نفسه بالأولى في الصورة الأولى. والظاهر أنها تجزيه عن حجة الإسلام لأنها تصح بالتعيين وبالإطلاق، بخلاف ما لو نوى بها النفل والمأمور وإن كان صرفها عن نفسه بجعلها للآمرين أو لأحدهما، لكن لما تحققت المخالفة بطل ذلك الصرف وإلا لم تقع عن نفسه أصلا فيكون حينئذ؛ كما لو أحرم عن نفسه ابتداء ولم ينو النفل فتقع عن حجة، الإسلام، ولذا قال في الفتح أيضا فيما لو أمره بالحج فقرن معه عمرة لنفسه لا يجوز ويضمن اتفاقا. ثم قال: ولا تقع عن حجة الإسلام عن نفسه لأن أقل ما تقع بإطلاق النية وهو قد صرفها عنه في النية وفيه نظر. اهـ كلامه. والظاهر أن وجه النظر ما قررناه من أنه حيث تحققت المخالفة ووقعت عن نفسه بطل صرف النية فتجزيه عن حجة الإسلام، فقوله في البحر فيما مر تقع عن المأمور نفلا ولا تجزيه عن حجة الإسلام فيه نظر، وقد صرح الباقاني في شرح الملتقى، وتبعه الشارح في شرحه عليه أيضا بأنه يخرج بها عن حجة الإسلام، فهذا ما تحرر لي فافهم والسلام.

(قوله بخلاف ما لو أهل إلخ) مرتبط بقوله ومن حج عن آمريه، وقوله جاز جملة مستأنفة لبيان جهة المخالفة بين المسألتين، فإنه في الأولى لا يجوز والثانية بخلافها، لكن الجواز هنا مشروط بما إذا لم يأمراه بالحج، وقوله عن أبويه أو غيرهما تنبيه على أن ذكر الأبوين في الكنز وغيره ليس بقيد احترازي وإنما فائدته الإشارة إلى أن الولد يندب له ذلك جدا كما في النهر، وبه علم أن التقييد بالأبوين في هذه المسألة لا يدل على أن المراد بالآمرين في التي قبلها الأجنبيان، بل الأبوان إذا أمراه فحكمهما كالأجنبيين كما قدمناه عن الفتح فظهر أنه لا فرق بين الأبوين والأجنبيين في المسألتين وإنما العبرة للآمر وعدمه أي صريحا كما يظهر قريبا، فإذا أحرم بحجة عن اثنين أمره كل منهما بأن يحج عنه وقع عنه ولا يقدر على جعله لأحدهما، وإن أحرم عنهما بغير أمرهما صح جعله لأحدهما أو لكل منهما، وكذا لو أحرم عن أحدهما مبهما صح تعيينه بعد ذلك بالأولى كما في الفتح. قال: ومبناه على أن نيته لهما تلغو لعدم الأمر فهو متبرع فتقع الأعمال عنه ألبتة، وإنما يجعل لهما الثواب وترتبه بعد الأداء فتلغو نيته قبله، فيصح جعله بعد ذلك لأحدهما أو لهما. ولا إشكال في ذلك إذا كان متنفلا عنهما، فإن كان على أحدهما حج الفرض وأوصى به لا يسقط عنه بتبرع الوارث عنه بمال نفسه، وإن لم يوص به فتبرع الوارث عنه بالإحجاج أو الحج بنفسه، قال أبو حنيفة يجزيه إن شاء الله تعالى «لقوله – صلى الله عليه وسلم – للخثعمية أرأيت لو كان على

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٥٨٣/٢

أبيك دين» الحديث انتهى.

وبهذا ظهر فائدة أخرى للتقييد بالأبوين في هذه المسألة وهي سقوط الفرض عن الذي عينه له بعد الإبهام لو بدون وصية، لكن يشكل عليه أنه إذا لغت نيته لهما لعدم الأمر ووقعت الأعمال عنه ألبتة كيف يصح تحويلها إلى أحدهما؟ وقد مر أن الحج إذا وقع عن المأمور لا يمكن تحويله بعد ذلك إلى الآمر، نعم يمكن تحويل الثواب فقط للنص كما مر، وهذا والله أعلم. قال في الفتح ولا **إشكال** في ذلك إذا كان متنفلا عنهما: أي لأن غاية حال المتنفل أن يجعل ثواب عمله لغيره، وهو صحيح. أما وقوع عمله عن فرض الغير بغير أمره فهو مشكل **والجواب** ما مر في كلام الشارح من أن." (١)

"ولو قال: أجزته أو أوقعته لا يقع لأنه أعاد الضمير إلى غير معتبر جوهرة. ولو قال: أوقعت ذلك الطلاق

ــــــــــمطلب في طلاق المدهوش وقال في الخيرية: غلط من فسره هنا بالتحير، إذ لا يلزم من التحير وهو التردد في الأمر ذهاب العقل. وسئل نظما فيمن طلق زوجته ثلاثا في مجلس القاضي وهو مغتاظ مدهوش، أجاب نظما أيضا بأن الدهش من أقسام الجنون فلا يقع، وإذا كان يعتاده بأن عرف منه الدهش مرة يصدق بلا برهان. اهـ. قلت: وللحافظ ابن القيم الحنبلي رسالة في طلاق الغضبان قال فيها: إنه على ثلاثة أقسام: أحدها أن يحصل له مبادئ الغضب بحيث لا يتغير عقله ويعلم ما يقول ويقصده، وهذا لا **إشكال** فيه. والثاني أن يبلغ النهاية فلا يعلم ما يقول ولا يريده، فهذا لا ريب أنه لا ينفذ شيء من أقواله.

الثالث من توسط بين المرتبتين بحيث لم يصر كالمجنون فهذا محل النظر، والأدلة على عدم نفوذ أقواله. اهـ. ملخصا من شرح الغاية الحنبلية، لكن أشار في الغاية إلى مخالفته في الثالث حيث قال: ويقع الطلاق من غضب خلافا لابن القيم اهـ وهذا الموافق عندنا لما مر في المدهوش، لكن يرد عليه أنا لم نعتبر أقوال المعتوه مع أنه لا يلزم فيه أن يصل إلى حالة لا يعلم فيها ما يقول ولا يريده وقد يجاب بأن المعتوه لما كان مستمرا على حالة واحدة يمكن ضبطها اعتبرت فيه واكتفي فيه بمجرد نقص العقل، بخلاف الغضب فإنه عارض في بعض الأحوال، لكن يرد عليه الدهش فإنه كذلك. والذي يظهر لي أن كلا من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول بل يكتفى فيه بغلبة الهذيان واختلاط الجد بالهزل كما هو المفتى به في السكران على ما مر، ولا ينافيه تعريف الدهش بذهاب العقل فإن الجنون فنون، ولذا فسره في البحر باختلال العقل وأدخل فيه العته والبرسام والإغماء والدهش. ويؤيده ما قلنا قول بعضهم: العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله إلا نادرا، والمجنون ضده. وأيضا فإن بعض المجانين يعرف ما يقول ويريده ويذكر ما يشهد الجاهل به بأنه عاقل ثم يظهر منه في مجلسه ما ينافيه، فإذا كان المجنون حقيقة قد يعرف ما يقول ويقصده فغيره بالأولى، فالذي ينبغي التعويل عليه في المدهوش ونحوه إناطة الحكم بغلبة الخلل في أقواله وأفعاله الخارجة عن عادته، وكذا يقال فيمن اختل عقله لكبر أو لمرض أو لمصيبة فاجأته: فما دام في حال غلبة الخلل في الأقوال والأفعال لا تعتبر أقواله وإن كان يعلمها ويريدها لأن هذه المعرفة والإرادة غير معتبرة لعدم حصولها عن الإدراك صحيح كما لا تعتبر من الصبي العاقل، نعم يشكل عليه ما سيأتي في التعليق عن البحر. وصرح به في الفتح والخانية وغيرهما، وهو: لو طلق فشهد عنده اثنان أنك استثنيت وهو غير ذاكر، وإن كان بحيث إذا غضب لا

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٢/٦٠٨

يدري ما يقول وسعه الأخذ بشهادتهما وإلا لا اه مقتضاه أنه إذا كان لا يدري ما يقول يقع طلاقه وإلا فلا حاجة إلى الأخذ بقولهما إنك استثنيت، وهذا مشكل جدا، وإلا أن يجاب بأن المراد بكونه لا يدري ما يقول أنه لقوة غضبه قد ينسى ما يقول ولا يتذكره بعد، وليس المراد أنه صار يجري على لسانه ما لا يفهمه أو لا يقصده إذ لا شك أنه حينئذ يكون في أعلى مراتب الجنون، ويؤيده هذا الحمل أنه في هذا الفرع عالم بأنه طلق وهو قاصد له، لكنه لم يتذكر الاستثناء لشدة غضبه، هذا ما ظهر لي في تحرير هذا المقام، والله أعلم بحقيقة المرام ثم رأيت ما يؤيد ذلك **الجواب**، وهو أنه قال في الولوالجية: إن كان بحال لو غضب يجري على لسانه ما لا يحفظه بعده جاز له الاعتماد على قول الشاهدين، فقوله لا يحفظه بعده صريح فيما قلنا والله أعلم. (قوله لأنه أعاد الضمير إلى غير معتبر) أشار به إلى أن الفرق بين كلام الصبي وبين كلام النائم هو أن كلام الصبي معتبر في اللغة والنحو غاية الأمر أن الشارع ألغاه، بخلاف كلام النائم فإنه غير معتبر عند أحد. اهـ. ح.." (١)

"كأنت بائن بائن، أو أبنتك بتطليقة فلا يقع لأنه إخبار فلا ضرورة في جعله إنشاء، بخلاف أبنتك بأخرى أو أنت طالق بائن، أو قال نويت البينونة الكبرى لتعذر حمله على الإخبار فيجعل إنشاء، ولذا وقع المعلق كما قال (إلا إذا كان) البائن (معلقا بشرط) أو مضافا (قبل) إيجاد (المنجز البائن) كقوله: إن دخلت الدار فأنت بائن ناويا ثم أبانها ثم دخلت بانت بأخرى لأنه لا يصلح إخبارا،

ـــــــQآخر فتدبر. وأما اعتدي اعتدي فإنه ملحق بالصريح كما تقدم، فلا ينافي ما هنا حيث أوقعوا به مكررا تأمل (قوله كأنت بائن بائن) كذا في بعض النسخ مكررا، وفي بعضها كأنت بائن بدون تكرار وهو الأصوب لأن المقصود التمثيل لإيقاع البائن على المبانة ولأنه كما قال ط ليس المراد الإخبار النحوي بل الإخبار عما صدر أولا ولأنه يوهم أن يلزم كونه في مجلس واحد وهو غير لازم. اهـ. (قوله أو أبنتك بتطليقة) عطف على بائن الثانية أي أنت بائن أبنتك بتطليقة. اهـ. ح وأشار به إلى أنه لا يشترط اتحاد اللفظين فشمل ما إذا كان الأول بلفظ الكناية البائنة أو الخلع أو الطلاق الصريح إذا كان على مال أو موصوفا بما ينبئ عن البينونة كما علم مما قدمناه بعد كون الثاني بلفظ الكناية البائنة كالخلع ونحوه مما يتوقف على النية ولو باعتبار الأصل كأنت حرام، بخلاف الكناية الرجعية فإنها في حكم الصريح فتلحق البائن كما مر (قوله فلا يقع) أي وإن نوى، لما في البحر عن الحاوي: ولا يقع بكنايات الطلاق شيء وإن نوى. اهـ. ط (قوله لأنه إخبار) أي يجعل إخبارا لأنه أمكن ذلك (قوله بخلاف أبنتك بأخرى) : أي لو أبانها أولا ثم قال في العدة أبنتك بأخرى وقع لأن لفظ أخرى مناف لإمكان الإخبار بالثاني عن الأول (قوله أو أنت طالق بائن) لأن وقوعه بأنت طالق وهو صريح، ويلغو قوله بائن لعدم الحاجة إليه: لأن الصريح بعد البائن بائن، كذا في شرح المنار لصاحب البحر، وهو إشارة إلى ما ذكره في البحر عن الذخيرة من الفرق بين هذا وبين قوله للمبانة أبنتك بتطليقة، وهو أنه إذا ألغينا بائنا يبقى قوله طالق وبه يقع، ولو ألغينا أبنتك يبقى قوله بتطليقة وهو غير مفيد. اهـ.

قلت: لكن يشكل عليه ما قدمناه في باب طلاق غير المدخول بها من أن الطلاق متى قيد بعدد أو وصف أو مصدر

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣/ ٢٤٤

فالوقوع بالقيد، حتى لو قال: أنت طالق وماتت قبل قوله ثلاثا أو بائن لم يقع، فهذا ينافي ما أطبقوا عليه من إلغاء الوصف هنا، إلا أن يجاب بأن اعتبار الوقوع به هنا لا يصح لسبق البينونة قبله ولوقوع البائن بالصريح هنا وإن لم يوصف، فتعين إلغاء الوصف كما علمت آنفا. وبقي **إشكال** آخر مذكور مع **جوابه** في البحر (قوله أو قال نويت) أي بالبائن الثاني البينونة الكبرى أي الحرمة الغليظة وهي التي لا حل بعدها إلا بنكاح زوج آخر، وهذا هو المعتمد كما في البحر، وقيل لا يقع لأن التغليظ صفة البينونة فإذا ألغت النية في أصل البينونة لكونها حاصلة لغت في إثبات وصف التغليظ محيط، وهذا صريح في إلغاء نية البينونة؛ ومثله ما قدمناه آنفا عن الحاوي فلا تصح نية بينونة أخرى خلافا لما بحثه في البحر كما مر.

قال في الدرر: أقول وهذا يدل قطعا على أنه إذا أبانها ثم قال في العدة أنت طالق ثلاثا يقع الثلاث، لأن الحرمة الغليظة إذا ثبتت بمجرد النية بلا ذكر الثلاث لعدم ثبوتها في المحل فلأن تثبت إذا صرح بالثلاث أولى، وتمامه فيه ونحوه في اليعقوبية (قوله لتعذر إلخ) علة لقوله بخلاف إلخ (قوله ولذا) أي لتعذر حمله على الإخبار (قوله إلا إذا كان البائن معلقا إلخ) يشمل ما إذا آلى من زوجته ثم أبانها قبل مضي أربعة أشهر ثم مضت قبل أن يقربها وهي في العدة فإنه يقع خلافا لزفر بحر (قوله قبل إيجاد المنجز) سيذكر الشارح محترز القبلية، وتنجيز الثاني غير قيد بل لو علقه قبل وقوع المعلق الأول فكذلك كما يذكره أيضا (قوله ناويا) لأنه كناية فلا بد له من نية (قوله لأنه لا يصلح إخبارا) أي لأن التعليق قبل فلا يصح إخبارا عنه وكذا الإضافة ح وأعاد التعليل وإن علم من قوله." (١)

"لأنهما للمكان ولا تعلق للطلاق به فجعلا مجازا عن إن لأنها أم الباب. (وفي كيف شئت يقع) في الحال (رجعية، فإن شاءت بائنة أو ثلاثا وقع) ما شاءته (مع نيته) وإلا فرجعية لو موطوءة وإلا بانت وبطل الأمر، وقول الزيلعي والعيني قبل الدخول صوابه بعده فتنبه.

ـــــــQلأنها لو طلقت نفسها واحدة أو ثنتين ثم عادت إليه بعد زوج آخر فلها أن تفرق الثلاث خلافا لمحمد وهي مسألة الهدم الآتية اهـ وهو موافق لما نقلناه عن الزيلعي، ومثله في الفتح وغاية البيان، وهذا صريح في أنها بعد العود لها أن تطلق نفسها ثلاثا متفرقة عندهما. وعند محمد تطلق ما بقي فقط، فتفريق الثلاث مبني على قولهما لا على قول محمد فافهم، نعم يشكل على هذا التعليل المار بأن التعليق إنما ينصرف إلى الملك القائم وهو الثلاث، فإنه يقتضي أنها لو طلقت نفسها ثنتين ثم عادت إليه بعد زوج آخر ليس لها أن تطلق نفسها أصلا عندهما لأنها عادت إليه بملك حادث، وطلقات الملك الأول هدمها الزوج الثاني.

ولا **إشكال** على قول محمد من أنها تطلق واحدة فقط لأنها الباقية لكون الزوج الثاني لم يهدم ما دون الثلاث عنده ثم رأيت المحقق في الفتح أفاد **الجواب** عن ذلك في باب التعليق بما حاصله أن قولهم إن المعلق طلقات هذا الملك الثلاث مقيد بما دام مالكا لها فإذا زال ملكه لبعضها صار المعلق ثلاثا مطلقة (قوله لأنهما للمكان) فحيث ظرف مكان مبني على الضم وأين ظرف مكان يكون استفهاما، فإذا قيل أين زيد لزم **الجواب** بتعيين مكانه ويكون شرطا أيضا وتزاد فيه " ما " فيقال أينما تقم أقم بحر عن المصباح (قوله ولا تعلق للطلاق به) ولذا لو قال أنت طالق بمكة أو في مكة كان تنجيزا للطلاق كما

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣١٠/٣

مر فتكون طالقا في كل مكان في الحال بخلاف الزمان فإن الطلاق يتعلق به (قوله فجعلا مجازا عن إن إلخ) **جواب** عن إيرادين.

أحدهما أنه إذا ألغى ذكر المكان صار أنت طالق شئت، وبه يقع للحال كأنت طالق دخلت الدار.

ثانيهما أنه إذا كان مجازا عن الشرط فلم حمل على إن دون متى مما لا يبطل بالقيام عن المجلس. **والجواب** عن الأول أنه جعل الظرف مجازا عن الشرط لأن كلا منهما يفيد ضربا من التأخير وهو أولى من إلغائه بالكلية. وعن الثاني بأن حمله على إن أولى لأنها أم الباب ولأنها حرف الشرط وفيه يبطل بالقيام، أفاده في الفتح (قوله ويقع في الحال رجعية إلخ) أي تطلق طلقة رجعية بمجرد قوله ذلك شاءت أو لا، ثم إن قالت شئت بائنة أو ثلاثا وقد نوى الزوج ذلك تصير كذلك للموافقة، وهذا عنده. أما عندهما فما لم تشأ لم يقع شيء فعنده أصل الطلاق لا يتعلق بمشيئتها بل صفته وعندهما يتعلقان معا، وتمامه في الفتح.

وكتبت في حاشيتي على شرح المنار الفرق بين هذا التفويض وعامة التفويضات حيث لم تحتج إلى نية الزوج أن المفوض هاهنا حال الطلاق وهو متنوع بين البينونة والعدد فيحتاج إلى النية لتعيين أحدهما بخلاف عامة التفويضات (قوله وإلا فرجعية) صادق بما إذا شاءت خلاف ما نوى وبما إذا لم ينو شيئا، والمراد الأول لما في الفتح: وإن اختلفا بأن شاءت بائنة والزوج ثلاثا أو على القلب فهي رجعية لأنه لغت مشيئتها لعدم الموافقة، فبقي إيقاع الزوج بالصريح، ونيته لا تعمل في جعله بائنا أو ثلاثا ولو لم تحضر الزوج نية لم يذكره في الأصل، ويجب أن تعتبر مشيئتها، حتى لو شاءت بائنة أو ثلاثا ولم ينو الزوج يقع ما أوقعت بالاتفاق إلخ. اهـ. (قوله لو موطوءة) قيد لقوله رجعية في الموضعين وتقدم في باب المهر نظما أن المختلى بها كالموطوءة في لزوم العدة، وكذا في وقوع طلاق آخر في عدتها فافهم (قوله وإلا) أي بأن كانت غير مدخول بها طلقت طلقة بائنة وخرج الأمر من يدها لفوات محليتها بعدم العدة كذا في الفتح أما المختلى بها فتلزمها العدة كما علمت فتطلق رجعية ولا يخرج الأمر من يدها فافهم (قوله وقول الزيلعي) عبارته: وثمرة الخلاف تظهر في موضعين." (١)

"(علق الثلاث أو العتق) لأمته (بالوطء) حنث بالتقاء الختانين و (لم يجب) عليه (العقر) في المسألتين (باللبث) بعد الإيلاج لأن اللبث ليس بوطء (و) لذا (لم يصر به مراجعا في) الطلاق (الرجعي إلا إذا أخرج ثم أولج ثانيا) حقيقة أو حكما بأن حرك نفسه فيصير مراجعا بالحركة الثانية، ويجب العقر لا الحد لاتحاد المجلس.

(لا تطلق) الجديدة (في) قوله للقديمة (إن نكحتها) أي فلانة (عليك فهي طالق إذا نكح) فلانة (عليها

ـــــــفإن كان الثاني في الملك وقع الطلاق سواء كان الأول في الملك أو لا، وإن كان الثاني خارج الملك لا يقع سواء كان الأول في الملك أو لا. اهـ. ح. ففي قوله إذا جاء زيد وبكر فأنت طالق إذا جاءا معا وهي في ملكه أو طلقها وانقضت عدتها فجاء زيد ثم تزوجها فجاء عمرو طلقت، وإن جاء بعد العدة قبل التزوج أو جاء زيد في العدة وعمرو بعدها قبل التزوج لا تطلق (قوله ولم يجب عليه العقر) أشار بنفي العقر فقط إلى ثبوت الحرمة باللبث فإن الواجب عليه النزع للحال.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣٣٨/٣

والعقر: بالضم مهر المرأة إذا وطئت بشبهة وبالفتح: الجرح كما في الصحاح بحر وقد مر الكلام عليه في باب المهر.
(قوله باللبث) بفتح اللام وسكون الباء: المكث، من لبث كسمع، وهو نادر لأن المصدر من فعل بالكسر قياسه التحريك إذا لم يتعد بحر عن القاموس (قوله لأن اللبث ليس بوطء) لأن الوطء أي الجماع إدخال الفرج في الفرج وليس له دوام حتى يكون لدوامه حكم ابتدائه، كمن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لا يحنث باللبث بحر (قوله لم يصر به مراجعا) أي عند محمد لأنه فعل واحد فليس لآخره حكم فعل على حدة وقال أبو يوسف يصير مراجعا لوجود المس بشهوة وهو القياس نهر. قال في البحر: وجزم المصنف بقول محمد دليل على أنه المختار، وقيل ينبغي أن يصير مراجعا عند الكل لوجود المساس بشهوة، كذا في المعراج. وينبغي تصحيح قول أبي يوسف لظهور دليله. اهـ. (قوله في الطلاق الرجعي) أي فيما إذا كان المعلق على الوطء طلاقا رجعيا (قوله حقيقة أو حكما إلخ) لا يصح جعله تعميما لقوله ثم أولج ثانيا بعد قوله إذا أخرج لأنه بعد الإخراج لا يمكنه تحريك نفسه إلا بعد إيلاج ثان حقيقة فيصير مراجعا بالإيلاج الثاني لا بالتحريك، فيتعين جعله تعميما لمجموع قوله أخرج ثم أولج، وعلى كل فقوله فيصير مراجعا بالحركة الثانية لا وجه لتقييدها بالثانية إلا أن تصور المسألة بما إذا أولج فقال إن جامعتك فأنت طالق فإنه كما قال في البحر: إذا لم ينزع ولم يتحرك حتى أنزل لا تطلق، فإن حرك نفسه طلقت ويصير مراجعا بالحركة الثانية (قوله ويجب العقر) أي فيما إذا علق الثلاث أو عتق الأمة ط لأن البضع المحترم لا يخلو عن عقد أو عقر بحر (قوله لاتحاد المجلس) أي لا يجب الحد بالإيلاج ثانيا وإن كان جماعا، لما فيه من شبهة أنه جماع واحد بالنظر إلى اتحاد المقصود وهو قضاء الشهوة في المجلس الواحد، وقد كان أوله غير موجب للحد فلا يكون آخره موجبا له وإن قال ظننت أنها علي حرام.
وبهذا اندفع ما يقال: إنه ينبغي أن يجب الحد في العتق لأنه وطء لا في ملك ولا في شبهته وهي العدة، بخلاف الطلاق لوجود العدة، أفاده في المعراج، لكن روي عن محمد: لو زنى بامرأة ثم تزوجها في تلك الحالة، فإن لبث على ذلك ولم ينزع وجب مهران: مهر بالوطء أي لسقوط الحد بالعقد، ومهر بالعقد وإن لم يستأنف الإدخال لأن دوامه على ذلك فوق الخلوة بعد العقد. قال في النهر: وهذا يشكل على ما مر، إذ قد جعل لآخر هذا الفعل الواحد حكما على حدة اهـ وأجاب ح تبعا للحموي بأن هذا مروي عن محمد وذاك قوله فلا تنافي.
واعترضه ط بما في البحر عقب هذه المسألة من أن تخصيص الرواية بمحمد لا يدل على خلاف بل لأنها رويت عنه دون غيره اهـ فتأمل.
قلت: **والجواب** الحاسم **للإشكال** من أصله أن اعتبار آخر الفعل هنا من جهة كونه لخلوة مقررة للمهر بل فوقها." (١)
"وأفتى الشيخ الرملي الشافعي فيمن حلف على شيء بالطلاق فأنشأ له الغير ظانا صحته بعدم الوقوع. اهـ.
قلت: ولم أره لأحد من علمائنا، والله أعلم. ولو شهد بها وهو لا يذكرها، إن كان بحال لا يدري ما يجري على لسانه لغضب جاز له الاعتماد عليهما وإلا لا بحر

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣٦٥/٣

(ويقبل قوله إن ادعاه) وأنكرته

ـــــــــQمطلب فيما لو حلف وأنشأ له آخر

(قوله وأفتى الشيخ الرملي الشافعي إلخ) اعلم أن هذه المسألة مبنية عند الشافعية على أن من أخذ بقول غيره معتمدا عليه لا يحنث، وفرعوا عليه ما لو فعل المحلوف عليه معتمدا على إفتاء مفت بعدم حنثه به وغلب على ظنه صدقه لم يحنث وإن لم يكن أهلا للإفتاء إذ المدار على غلبة الظن وعدمها لا على الأهلية. قالوا: ومنه قول غير الحالف له بعد حلفه إلا أن يشاء الله ثم يخبره بأن مشيئة غيره تنفعه فيفعل المحلوف عليه اعتمادا على خبر المخبر اهـ وبهذا تعلم ما في عبارة الشارح من الخفاء، لأن قوله ظانا صحته حال من الضمير في له وهو مشروط بالإخبار كما علمته، وقوله بعدم الوقوع متعلق بقوله وأفتى (قوله قلت إلخ) اعلم أن المقرر عندنا أنه يحنث بفعل المحلوف عليه ولو مكرها أو مخطئا أو ذاهلا أو ناسيا أو ساهيا أو مغمى عليه أو مجنونا، فإذا كان يحنث بفعله مكرها ونحوه فكيف لا يحنث بفعله قصدا مع ظن عدم الحنث؟ نعم صرحوا في الأيمان بأنه لو حلف على ماض أو حال يظن نفسه صادقا لا يؤاخذ فيها إلا في ثلاث: طلاق وعتاق ونذر، وقد قال الشارح هناك فيقع الطلاق على غالب الظن إذا تبين خلافه، وقد اشتهر عن الشافعية خلافه. اهـ. (قوله إن كان بحال إلخ) أما لو لم يكن بتلك الحال لا يجوز له الاعتماد عليهما كما في الفتح وغيره.

قلت: ومقتضى هذا الفرع أن من وصل في الغضب إلى حالة لا يدري فيها ما يقول يقع طلاقه وإلا لم يحتج إلى اعتماد قول الشاهدين أنه استثنى مع أنه مر أول الطلاق أنه لا يقع طلاق المدهوش.

وأفتى به الخير الرملي فيمن طلق وهو مغتاظ مدهوش لأن الدهش من أقسام الجنون. ولا يخفى أن من وصل إلى حالة لا يدري فيها ما يقول كان في حكم المجنون، وقدمنا الجواب هناك بأنه ليس المراد بما هنا أنه وصل إلى حالة لا يدري ما يقول بأن لا يقصده ولا يفهم معناه بحيث يكون كالنائم والسكران، بل المراد أنه قد ينسى ما يقول لاشتغال فكره باستيلاء الغضب، والله تعالى أعلم

[مطلب فيما لو ادعى الاستثناء وأنكرته الزوجة]

مطلب فيمن لو ادعى الاستثناء وأنكرته الزوجة. (قوله ويقبل قوله إلخ) قال الخير الرملي في حواشي المنح: لم يذكر أهو بيمينه وكذلك صاحب البحر والنهر والكمال، ولم أره لأحد، وينبغي على ما هو المعتمد أن يكون بيمينه إذا أنكرته الزوجة، وأما إذا لم تنكره فلا يمين عليه اللهم إلا إذا اتهمه القاضي. اهـ. (قوله إن ادعاه وأنكرته) أي ادعى الاستثناء، ومثله الشرط كما في الفتح وغيره. وقيد بإنكارها لأنه محل الخلاف إذ لو لم يكن له منازع فلا إشكال في أن القول قوله كما صرح به في الفتح.

قلت: لكن في التتارخانية عن الملتقط إذا سمعت المرأة الطلاق ولم تسمع الاستثناء لا يسعها أن تمكنه من الوطء اهـ أي فيلزمها منازعته إذا لم تسمع.

قال في البحر: ولو شهدوا بأنه طلق أو خالع بلا استثناء أو شهدوا بأنه لم يستثن تقبل، وهذا مما تقبل فيه البينة على النفي لأنه في المعنى أمر وجودي لأنه عبارة عن ضم الشفتين عقيب التكلم بالموجب، وإن قالوا طلق." (١)

"إن سكنت هذه البلدة فامرأته طالق وخرج فورا وخلع امرأته ثم سكنها قبل العدة لم تطلق، بخلاف فأنت طالق فليحفظ.

إن تزوجتك وإن تزوجتك فأنت كذا لم يقع حتى يتزوجها مرتين، بخلاف ما لو قدم الجزاء فليحفظ. إن غبت عنك أربعة أشهر فأمرك بيدك ثم طلقها فاعتدت فتزوجت ثم عادت للأول ثم غاب أربعة أشهر فلها أن تطلق نفسها ولو اختلعت لا لأنه تنجيز والأول تعليق.

دعاها للوقاع فأبت فقال متى يكون؟ فقالت غدا، فقال: إن لم تفعلي هذا فالمراد غدا فأنت كذا ثم نسياه حتى مضى الغد لا يقع.

ـــــــQأيمان الفتح، حيث قال: ولو قال لامرأته والله لا أقربك ثم قال والله لا أقربك فقربها مرة لزمه كفارتان. اهـ. والظاهر أنه إن نوى التأكيد يدين ح.

قلت: وتصوير المسألة بما إذا ذكر لكل شرط جزاء، فلو اقتصر على جزء واحد. ففي البزازية إن دخلت هذه الدار إن دخلت هذه الدار فعبدي حر وهما واحد فالقياس عدم الحنث حتى تدخل دخلتين فيها، والاستحسان يحنث بدخول واحد ويجعل الباقي تكرارا وإعادة اهـ ثم ذكر **إشكالا وجوابه** وذكر عبارته بتمامها في البحر عند قوله والملك يشترط لآخر الشرطين، وقوله وهما واحد: أي الداران في الموضعين واحد، بخلاف ما لو أشار إلى دارين فلا بد من دخولين كما هو ظاهر (قوله لم تطلق) هذا مبني على قول ضعيف كما حققناه عند قوله وزوال الملك لا يبطل اليمين فافهم (قوله بخلاف ما لو قدم الجزاء) هكذا في بعض النسخ وفي بعضها بخلاف ما لو لم يؤخر الجزاء وكلاهما صحيح، وأما ما في بعض النسخ، بخلاف ما لو أخر الجزاء فقال ح: صوابه قدم الجزاء، ومع ذلك فقد ترك ما إذا وسطه.

قال في النهر وفي المحيط: لو قال إن تزوجتك وإن تزوجتك فأنت طالق لم يقع حتى يتزوجها مرتين؛ بخلاف ما إذا قدم الجزاء أو وسطه اهـ كلام النهر، وفصله في الفتاوى الهندية فقال: وإن كرر بحرف العطف فقال إن تزوجتك وإن تزوجتك، أو قال إن تزوجتك، فإن تزوجتك أو إذا تزوجتك أو متى تزوجتك لا يقع الطلاق حتى يتزوجها مرتين، ولو قدم الطلاق فقال أنت طالق إن تزوجتك وإن تزوجتك فهذا على تزوج واحد، ولو قال إن تزوجتك فأنت طالق وإن تزوجتك طلقت بكل واحد من التزويجين (قوله إن غبت عنك إلخ) أقول: المسألة ذكرها في البحر عند قول الكنز وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها. ونصه في القنية: لو قال لها أمرك بيدك ثم اختلعت منه وتفرقا ثم تزوجها ففي بقاء الأمر بيدها روايتان والصحيح أنه لا يبقى قال: إن غبت عنك أربعة أشهر فأمرك بيدك ثم طلقها وانقضت عدتها وتزوجت ثم عادت إلى الأول وغاب عنها أربعة أشهر فلها أن تطلق نفسها. اهـ. والفرق بينهما أن الأول تنجيز للتخيير فيبطل بزوال الملك، والثاني تعليق التخيير فكان يمينا فلا يبطل اهـ كلام البحر، وبه تعلم ما في كلام الشارح من الإيجاز المخل.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣/٣٦٩

والحاصل أن التخيير يبطل بالطلاق البائن إذا كان التخيير منجزا، بخلاف المعلق وهذا ما وفق به في الفصول العمادية بين كلامهم كما حررناه قبيل فصل المشيئة (قوله لا يقع) لأن الحنث شرطه أن يطلب منها غدا وتمتنع ولم يطلب بحر، ونحوه في التتارخانية عن المنتقى.

قلت: ومقتضاه أن النسيان لا تأثير له هنا، لكن سيأتي في الأيمان بأن تعليله إمكان البر شرط لبقاء اليمين بعد انعقادها كما هو شرط لانعقادها، خلافا لأبي يوسف، ولا يخفى ما فيه، فإن إمكان البر محقق بالتذكر." (١)

"لأنهما عضو واحد على الصحيح بهنسي.

(طلق حاملا منكرا وطأها فراجعها) قبل الوضع (فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر) من وقت الطلاق ولستة أشهر (فصاعدا) من وقت النكاح (صحت) رجعته السابقة، وتوقف ظهور صحتها على الوضع لا ينافي صحتها قبله، فلا مسامحة في كلام الوقاية.

ـــــــQكاليد والرجل بحر (قوله: لأنهما عضو واحد) أي بمنزلته، وكل واحد بانفراده بمنزلة ما دون العضو، وهذا قول محمد ورواية عن أبي يوسف. وفي رواية عنه ترك كل بانفراده كترك عضو، وأشار إلى تصحيح الأول في الملتقى حيث قدمه، وفي الهداية حيث أخره مع تعليله بأن في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الأعضاء.

(قوله: طلق حاملا) أي من ظهر كونها حاملا وقت الطلاق بولادتها لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق (قوله: فراجعها قبل الوضع) هذا زاده المصنف تبعا لصدر الشريعة كما يأتي لأنه بعد الوضع لا مراجعة (قوله: فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر فصاعدا من وقت النكاح) كذا في أكثر النسخ، وفي بعضها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق، ولستة أشهر فصاعدا من وقت النكاح، وهذه هي الصواب لأنه بذلك يعلم أن الولد علق بعد النكاح قبل الطلاق (قوله: صحت رجعته السابقة) أي المذكورة في قوله فراجعها قبل الوضع، أي ظهر بهذه الولادة أن تلك الرجعة كانت صحيحة وإن كان مقتضى إنكاره الوطء أنها تصح لأنها على زعمه قبل الدخول؛ والمطلقة قبله لا رجعة لها، لكن لما ثبت نسبه صار مكذبا شرعا فصحت رجعته.

مطلب فيما قيل إن الحبل لا يثبت إلا بالولادة (قوله: وتوقف ظهور صحتها إلخ) اعلم أنه قال في الوقاية طلق ذات حمل، أو ولد وقال: " لم أطأ ": راجع. اهـ. ومثله في الكنز والهداية وغيرهما.

واعترضهم المحقق صدر الشريعة بأن ذات الحمل فيها إشكال وذلك أن وجود الحمل وقت الطلاق إنما يعرف إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقته، وإذا ولدت انقضت العدة فكيف يملك الرجعة. ولا يرد أنه يملك الرجعة قبل وضع الحمل أي بأن يحكم بصحتها قبله لأنه لما أنكر الوطء لم يكن مكذبا شرعا إلا بعد الولادة لأقل من ستة أشهر لا قبلها، فالصواب أن يقال: ومن طلق حاملا منكرا وطأها فراجعها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر صحت الرجعة اهـ ملخصا، وقد تبعه

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣/٣٧٧

المصنف في متنه كما رأيت، وقد أشار الشارح إلى **الجواب** عن الوقاية بأن قوله راجع معناه أنه لو راجع قبل الولادة صحت رجعته متوقفة على الولادة لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق، وتوقف ظهور صحتها على الولادة لا ينافي صحتها لكن لا يخفى ما في ذلك من البعد، لكن انتصر في البحر للمشايخ، ورد قول صدر الشريعة أن وجود الحمل إلخ بأن الحمل يثبت قبل الوضع ويثبت به النسب، لما صرحوا به في باب خيار العيب أن حمل الجارية المبيعة يثبت بظهوره قبل الوضع، وفي باب ثبوت النسب أنه يثبت بالحبل الظاهر اهـ أي وإذا كان الحمل يثبت قبل الولادة يمكن الحكم بصحة الرجعة قبلها. ورده أيضا يعقوب باشا في حواشيه عليه من وجهين: أحدهما ما مر عن البحر. والثاني أنه سيجيء في المسألة الآتية أنه لو راجعها ثم ولدته لأقل من عامين ثبت نسبه. قال: فعلم أن الحمل يعرف بالولادة لأكثر من ستة أشهر. اهـ. وأقره في النهر. أقول: وقد أجاب عن الوجه الأول العلامة المقدسي حيث قال: إن كلام صدر الشريعة تحقيق بالقبول حقيق.." (١)

"؛ لأنها صلة (إلا إذا استدانت بأمر القاضي) فلا تسقط بموت أو طلاق في الصحيح لما مر أنها كاستدانته بنفسه. وعبارة ابن الكمال: إلا إذا استدانت بعد فرض قاض آخر ولو بلا أمره فليحرر. (ولا ترد) النفقة والكسوة (المعجلة) بموت أو طلاق عجلها الزوج أو أبوه ولو قائمة به يفتى.

(يباع القن) ويسعى مدبر ومكاتب لم يعجز (المأذون في النكاح) وبدونه يطالب بعد عتقه (في نفقة زوجته) –

ــــــــــQمن النفقة أو لسوء أخلاقها مثلا، فإن كان الأول يلزم بها، وإن كان الثاني لا يلزم، وهذا ما قاله المقدسي وينبغي التعويل عليه ط.

(قوله لأنها صلة) أي والصلات تبطل بالموت قبل القبض هداية، وهذا التعليل لا يظهر في الطلاق وتعليله ما قدمناه من أنها كخراج رأس الذمي (قوله في الصحيح) كذا في الزيلعي عن النهاية والبحر والنهر وغيرها ومقابله قول الخصاف بسقوطها ولو مع الأمر بالاستدانة، وهو ظاهر الهداية. قال في الفتح: والصحيح ما ذكره الحاكم الشهيد أنها مع الأمر بالاستدانة لا تسقط بالموت؛ لأن الاستدانة بأمر من له ولاية تامة عليه كالاستدانة بنفسه فلا تسقط بالموت، وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الأمر بالاستدانة بالطلاق والصحيح لا تسقط. اهـ. (قوله لما مر إلخ) لم يمر هذا في كلامه ط (قوله فليحرر) أنت خبير بأنه مخالف للمتون والشروح فلا يعول عليه. اهـ. ح وقد علمت قول الخصاف بسقوط المفروضة مع الأمر بالاستدانة فكيف بدونه؟ والظاهر أن ما ذكره ابن كمال سبق قلم (قوله بموت أو طلاق) هذا عندهما. وقال محمد: يرفع عنها حصة ما مضى، ويجب رد الباقي إن كان قائما، وقيمته إن كان مستهلكا ذخيرة. قال في الفتح والموت والطلاق قبل الدخول سواء. وفي نفقة المطلقة إذا مات الزوج اختلفوا فيه، قيل ترد وقيل لا تسترد بالاتفاق،؛ لأن العدة قائمة في موته، كذا في الأقضية. اهـ قال الخير الرملي: واستفيد منه ومما في الذخيرة **جواب** حادثة الفتوى: طلقها بائنا وعجل لها نفقة تسعة أشهر فأسقطت سقطا بعد عشرة أيام فانقضت بذلك عدتها هل يرجع عليها بما زاد على حصة العشرة أم لا؟ **الجواب** لا يرجع عندهما لا عند محمد، وهو القياس (قوله عجلها الزوج أو أبوه) لما في الولوالجية وغيرها أبو الزوج إذا دفع نفقة امرأة ابنه مائة ثم طلقها

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣/٤٠٥

الزوج ليس للأب أن يسترد ما دفع؛ لأنه لو أعطاها الزوج والمسألة بحالها لم يكن له ذلك عند أبي يوسف وعليه الفتوى فكذا إذا أعطاها أبوه. اهـ ووجهه أنها صلة لزوجته، ولا رجوع فيما يهبه لزوجته، والعبرة لوقت الهبة لا لوقت الرجوع، فالزوجية من الموانع من الرجوع كالموت، ودفع الأب كدفع الابن، فلا **إشكال** بحر.

قلت: وظاهره أن دفع الأجنبي ليس كذلك، ولعل وجهه أن الأب يدفع بطريق النيابة عن ابنه عادة فكان هبة من الابن فلا رجوع، بخلاف دفع الأجنبي فتأمل.

[مطلب في بيع العبد لنفقة زوجته]

(قوله يباع القن) أي يبيعه سيده؛ لأنه دين تعلق في رقبته بإذن المولى فيؤمر ببيعه، فإن امتنع باعه القاضي بحضرته كما قدمناه عن النهر في نكاح الرقيق. والقن عند الفقهاء من لا حرية فيه بوجه. وفي اللغة: من ملك هو وأبوه بحر (قوله ويسعى مدبر ومكاتب) لعدم صحة بيعهما، ومثلهما ولد أم الولد، وقوله في البحر والنهر وأم الولد فيه سقط، ومعتق البعض عند الإمام بمنزلة المكاتب هندية عن المحيط، ولو اختارت استسعاء القن دون بيعه ينبغي أن لها ذلك كما قالوا في المأذون المديون إذا اختار الغرماء استسعاءه بحر، وأقره أخوه والمقدسي (قوله لم يعجز) أما لو عجز نفسه عاد إلى الرق فيجري عليه حكم القن (قوله وبدونه إلخ) يعني إذا تزوج القن أو المدبر ونحوه." (١)

"(و) تجب أيضا (لكل ذي رحم محرم صغير أو أنثى) مطلقا (ولو) كانت الأنثى (بالغة) صحيحة (أو) كان الذكر (بالغا) لكن (عاجزا) عن الكسب (بنحو زمانة)

ـــــــمن هذه الجملة فرع أشكل **الجواب** فيه. وهو ما إذا كان له أم وعم وأبو أم موسرون، فيحتمل أن تجب على الأم لا غير؛ لأن أبا الأم لما كان أولى من العم والأم أولى من أبيها كانت الأم أولى من العم، لكن يترك **جواب** الكتاب. ويحتمل أن تكون على الأم والعم أثلاثا. اهـ

قلت: ووجهه الاحتمال الثاني أنه لما نص في مسألة الكتاب على وجوبها على الأم والعم كإرثهما أي أثلاثا علم أن المعتبر الإرث هنا، فحينئذ يسقط أبو الأم في هذه المسألة المشكلة وهو الصواب. وبه أجاب الخير الرملي أيضا فقال: إن الظاهر من فروعهم أن الأقربية إنما تقدم إذا لم يكونوا وارثين كلهم، فأما إذا كانوا كذلك فلا كالأم والعم والجد لقولهم بقدر الإرث. اهـ وبذلك أجاب أيضا شيخ مشايخنا السائحاني وفقيه عصره شيخ مشايخنا منلا علي التركماني، وهو الموافق لما قدمناه في الضابط في قسم اجتماع الأصول مع الحواشي، وقد نبهنا على سقوط **الإشكال** هناك فافهم.

(قوله وتجب أيضا إلخ) شروع في نفقة قرابة غير الولاد، وجوبها لا يثبت إلا بالقضاء أو الرضا، حتى لو ظفر أحدهم بجنس حقه قبل القضاء أو الرضا ليس له الأخذ، بخلاف الزوجة والولد والأبوين فإن لهم الأخذ قبل ذلك كما مر، كذا في الذخيرة وغيرها. واعترض بأن القاضي غير مشروع بل الوجوب ثابت بقوله تعالى - ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة: ٢٣٣]-

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣/٥٩٦

وأجيب بأن نفقة القريب المحرم فيها اختلاف المجتهدين بخلاف الزوجية والولاد. واعترض بأن الخلافيات يعمل فيها بدون القضاء. وأجيب بأنه إذا قوي قول المخالف روعي خلافه واستعين بالحكم كالرجوع في الهبة وخيار البلوغ. وأجيب أيضا بأن الوجوب ثابت قبل الحكم، وإنما يتوقف عليه وجوب الأداء، فقد يجب الشيء ولا يجب أداؤه كدين على معسر. واعترض بأنه لو ثبت الوجوب لجاز أخذ القريب بما ظفر من جنس حقه. وأجيب بمنع اللزوم لوقوع الشبهة بالاختلاف في باب الحرمة فنزلت منزلة اليقين خصوصا في الأموال، وبالقضاء ترتفع الشبهة، وله نظائر كثيرة وبسط ذلك في البحر وفيما علقناه عليه.

مطلب في نفقة قرابة غير الولاد من الرحم المحرم (قوله لكل ذي رحم محرم) خرج بالأول الأخ رضاعا، وبالثاني ابن العم، ولا بد من كون المحرمية بجهة القرابة. فخرج ابن العم إذا كان أخا من الرضاع فلا نفقة له كذا في شرح الطحاوي وأطلق فيمن تجب عليه النفقة فشمل الصغير الغني والصغيرة الغنية فيؤمر الوصي بدفع نفقة قريبهما المحرم بشرطه كذا في أنفع الوسائل بحر. ثم إن قول المصنف ولكل معطوف على قوله لأصوله أي أصول الموسر، فأفاد اشتراط اليسار فيمن تجب عليه النفقة هنا أيضا، إذ لا تجب على فقير إلا للزوجة والولد الصغير كما في كافي الحاكم. وفي تفسير اليسار الخلاف المار.

(قوله مطلقا) قيد للأنثى: أي سواء كانت بالغة أو صغيرة صحيحة أو زمنة كما أفاده بقوله ولو كانت إلخ، والمراد بالصحيحة، القادرة على الكسب، لكن لو كانت مكتسبة بالفعل كالقابلة والمغسلة لا نفقة لها كما مر (قوله أو كان الذكر بالغا) لا يصح دخوله تحت المبالغة بعد تقييده بقوله صغير، فكان على المصنف أن يقول أو بالغ عاجز بالجر عطفا على صغير (قوله لكن عاجزا) الأولى إسقاط لكن؛ لأن العطف بها يشترط له تقدم نفي أو نهي ط." (١)

"بقدر حاجته لا فوقها (ولا في دين له سواها) لمخالفة دين النفقة لسائر الديون (ضمن) قضاء لا ديانة (مودع الابن) كمديونه (لو أنفق الوديعة على أبويه) وزوجته وأطفاله (بغير أمر) مالك (أو قاض) إن كان وإلا فلا ضمان استحسانا كما لا رجوع، وكما لو انحصر إرثه في المدفوع إليه؛ لأنه وصل إليه عين حقه. .

(و) الأبوان (لو أنفقا ما عندهما) لغائب (من ماله على أنفسهما وهو من جنسه) أي جنس النفقة (لا)

ـــــQللأب كضمير له. وعبارة النهر، ولم يقل لنفقته، لما مر من أنه ينفق على الأم أيضا من الثمن، وينبغي أن تكون الزوجة وأولاده الصغار كذلك. اهـ. والمتبادر منها أن المراد زوجة الغائب وأولاده؛ لأن المراد من الأم أمه أيضا (قوله بقدر حاجته) قال في النهر: وفي قوله للنفقة إيماء إلى أنه لا يجوز له بيع زيادة على قدر حاجته فيها، كذا في شرح الطحاوي. اهـ. وعزاه في البحر إلى غاية البيان. قلت: وهذا مخالف لبحث النهر، إلا أن يحمل على ما إذا لم يكن غيره، ويؤيده أنه ينفق على أم الغائب أيضا كما علمته.

(قوله ولا في دين له) أي للأب على الابن الغائب (قوله لمخالفة إلخ) أشار إلى ما مر من إشكال الزيلعي وجوابه (قوله لا ديانة) فلو مات الغائب حل له أن يحلف لورثته أنهم ليس لهم عليه حق؛ لأنه لم يرد بذلك غير الإصلاح بحر عن الفتح

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣/٦٢٧

(قوله كمديونه) أي فإنه إذا أنفق على من ذكر مما عليه يضمن، بمعنى أنه لا يبرأ قضاء ويبرأ ديانة رحمتي (قوله وزوجته وأطفاله) أشار إلى أن ذكر الأبوين غير قيد كما نبه عليه في البحر. وفي النهر: إنما خص الأبوين ليعم الزوجة والأولاد بالأولى (قوله إن كان) أي إن وجد ثم قاض شرعي، وهو من لم يأخذ القضاء بالرشوة، ولم يطلب رشوة على الإذن، وإلا فهو كالعدم رحمتي.

(قوله استحسانا) ؛ لأنه لم يرد به إلا الإصلاح ذخيرة. وفيها: وكذا قالوا في مسافرين أغمي على أحدهما أو مات فأنفق الآخر عليه من ماله، وفي عبد مأذون مات مولاه فأنفق في الطريق، وفي مسجد بلا متول له أوقاف أنفق عليه منها بعض أهل المحلة لا يضمن استحسانا فيما بينه وبين الله تعالى. وحكي عن محمد أنه مات تلميذ له فباع كتبه وأنفق في تجهيزه، فقيل له إنه لم يوص بذلك، فتلا محمد قوله تعالى ﴿والله يعلم المفسد من المصلح﴾ [البقرة: ٢٢٠]- فما كان على قياس هذا لا يضمن ديانة استحسانا، أما في الحكم فيضمن، وكذا لو عرف الوصي دينا على الميت فقضاه لا يأثم، وكذا لو مات رب الوديعة وعليه مثلها دين لآخر لم يقضه فقضاه المودع، ومثله المديون لو مات دائنه وعليه دين لآخر مثله لم يقضه فقضاه المديون، وكذا الوارث الكبير لو أنفق على الصغير ولا وصي له فهو محسن ديانة متطوع حكما. اهـ ملخصا من البحر لكن ذكر في التتارخانية في المسألة الأخيرة أنه إن كان طعاما لا ينفق سواء كان الصغير في حجره أو لا، وإن كان دراهم يملك شراء الطعام لو في حجره، وإن كان شيئا يحتاج إلى بيعه لا يملك إلا إن كان وصيا (قوله كما لا رجوع) أي للمودع على الأب بما أنفقه عليه إذا ضمنه الغائب؛ لأن المودع ملك المدفوع بالضمان فكان متبرعا بملك نفسه. قال في البحر: وظاهره أنه لا فرق بين أن ينفق عليهم أو يدفع إليهم في وجوب الضمان وعدم الرجوع عليهم لوجود العلة فيهما. ويظهر أنه لا ضمان لو أجاز المالك؛ لأن الإجازة إبراء منه ولأنها كالوكالة السابقة. اهـ

(قوله وكما لو انحصر إرثه إلخ) فإذا أنفق على أبي الغائب مثلا بلا أمر ثم مات الغائب ولا وارث له غير الأب فلا رجوع للأب على المودع؛ لأنه وصل إليه عين حقه، وهذا ذكره في النهر بحثا وشبهه بما لو أطعم المغصوب للمالك بغير علمه.

(قوله لغائب) أي هو ولدهما (قوله أي جنس النفقة) الأنسب لتذكر الضمير قول المنح من جنس حقهما أي النفقة (قوله لوجوب نفقة الولاد والزوجية) أشار بهذا إلى أن الأبوين في المتن ليس بقيد بل الزوجة." (١)

"المصنف تبعا للزيلعي، لكنه نقل هنا وفي نكاح الرقيق عن الدرر والخانية أنه لو ملكها بعد تكذيبه يوما ثبت النسب لبقاء الإقرار فتدبر.

نعم في الخانية: زنى بأمة فولدت فملكها لم تصر أم ولده، وإن ملك الولد عتق.

وفي الأشباه: لو ملك أخته لأمه من الزنا عتقت ولو أخته لأبيه لا.

[فروع] أراد وطء أمته ولا تصير أم ولده يملكها لطفله ثم يتزوجها.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٦٣٢/٣

أقر بأموميتها في مرضه إن هناك ولد أو حبل تعتق من الكل وإلا فمن الثلث، وما في يدها للمولى إلا إذا أوصى لها به، نعم في المجتبى: استحسن محمد أن يترك لها ملحفة وقميص ومقنعة

ــــــQوفي الفتح عن الإيضاح: أمة جاءت بولد فادعاه أجنبي لا يثبت نسبه صدقه المولى أو كذبه، فإن ملكه المدعي عتق ولا تصير أمه أم ولد اهـ أي لأن عتقه للجزئية لا لثبوت النسب، ولذا قال عتق ولم يقل ثبت نسبه، وبهذا سقط ما أورد على تعليل الشارح أنه لما ادعى الولد فقد أقر له بالنسب ولأمه بأمومية الولد، فإذا ملك الأم زال المانع وهو كونها ملك الغير فينبغي أن تصير أم ولد وإن لم يثبت نسب الولد. اهـ. لأنه إذا لم يثبت النسب لا تصير أم ولد فافهم.

فإن قلت: قد تصير أم ولد مع عدم ثبوت النسب فيما لو زوج أمته من عبده ثم ولدت فادعاه.

قلت: إنما صارت أم ولد للمولى لإقراره بأن الولد علق منه قبل التزويج بوطء حلال، لكن لم يثبت منه لوجود الفراش الصحيح فقد تعلق به حق الغير وهو الزوج، ولولاه لثبت من المولى فلم يثبت منه هنا لعارض والزنا لا يثبت منه الولد على كل حال، هذا ما ظهر لي (قوله لكنه نقل) أي المصنف، وقوله ثبت النسب أي فتصير أم ولده ضرورة ثبوت النسب مع زوال المانع وهو ملك الغير، فينافي قوله لا تصير أم ولده لعدم ثبوت نسبه. **والجواب** أن ما نقله المصنف عن الدرر والخانية ليس في هذه المسألة وهي قوله ظننت حلها لي بل في مسألة دعوى الإحلال. ونقل ح عبارتهما بتمامها، وقد علمت الفرق بين المسألتين، وأن ظن الحل شبهة في سقوط الحد لا في ثبوت النسب، بخلاف دعوى الإحلال فإنها شبهة فيهما، فالاستدراك في غير محله فافهم (قوله نعم في الخانية إلخ) يعني أن هذا **الإشكال** فيه لأن الزنا لا يثبت فيه النسب فلا تصير أم ولد وإن ملكها، لكن قد علمت أن الوطء في مسألة ظن الحل زنا أيضا (قوله لم تصر أم ولده) أي فله بيعها ط (قوله وإن ملك الولد عتق) لأنه جزؤه حقيقة (قوله ولو أخته لأبيه لا) والفرق أن الأخ ينسب إلى أخته لأبيه بواسطة الأب ونسبة الأب منقطعة فلا تثبت الأخوة، أما بالنسبة إلى الأم فلا تنقطع فتكون الأخوة ثابتة من جهتها فيعتق بالملك كما في شروح الهداية، ولذا لو مات يرثه أخوه لأمه دون أخيه لأبيه.

[فروع أراد وطء أمته]

(قوله يملكها لطفله) فائدة ذلك وإن خرجت من ملكه أنه يخاف أنها إذا ولدت منه قد تتمرد عليه وتكدر عيشه، فإذا علمت أن له بيعها كلما أراد انقادت له، وإذا باعها ينفق ثمنها على طفله بدلا عما كان ينفقه عليه من ماله، وله أيضا إنفاقه على نفسه عند الاحتياج إليه، فظهر أن ببيعها لطفله ينتفع بلا ضرر يلحقه فافهم (قوله ثم يتزوجها) أي يزوجها لنفسه، وإذا ولدت منه ولدا يعتق على الطفل لكونه ملك أخاه.

(قوله وإلا فمن الثلث) لأنه عند عدم الشاهد إقرار بالعتق في المرض وهو من الثلث كما قدمناه (قوله وما في يدها للمولى) لأنه كان ملكا له قبل أن تعتق بموته (قوله إلا إذا أوصى لها به) لأنها تعتق بموته فيكون وصية لحرة، بخلاف القن إذا أوصى

له بشيء من ماله فلا يصح، إلا إذا أوصى له بثلث ماله أو برقبته فإنه يصح كما مر في باب التدبير (قوله أن يترك لها إلخ) ظاهر الإطلاق أنها تستحق ذلك لأنه يشمل ما إذا كان." (١)

"أو حلف لا يكلم فلانا وفلانا ونوى أحدهما أو لا يكلم إخوة فلان

ـــــــQمطلب حلف لا يأكل معينا فأكل بعضه

والأصل فيما إذا حلف لا يأكل معينا فأكل بعضه إن كان يأكله الرجل في مجلس أو يشربه في شربة فالحلف على جميعه، ولا يحنث بأكل بعضه لأن المقصود الامتناع عن أكله، وكل ما لا يطاق أكله في المجلس ولا شربه في شربة يحنث بأكل بعضه لأن المقصود من اليمين الامتناع عن أصله لا عن جميعه، ولو قال لا أشرب لبن هاتين الشاتين لم يحنث حتى يشرب من لبن كل شاة، ولم يعتبر شرب الكل لأنه غير مقصود، أو لا يأكل سمن هذه الخابية فأكل بعضه حنث؛ ولو كان مكان الأكل بيع فباع بعضها لا يحنث لأن الأكل لا يتأتى على جميعه في مجلس ويتأتى البيع كذا في المحيط. زاد في البدائع عن الأصل: لو قال لا آكل هذه الرمانة فأكلها إلا حبة أو حبتين حنث في الاستحسان، لأن ذلك القدر لا يعتد به لأنه في العرف يقال إنه أكلها، وإن ترك نصفها أو ثلثها أو أكثر مما لا يجري في العرف أنه يسقط من الرمانة لم يحنث لأنه لا يسمى أكلا لجميعها. اهـ. وبه يعلم أن اليسير من الرغيف وغيره كاللقمة كالعدم اهـ ملخصا من البحر في باب اليمين بالأكل والشرب وسيأتي هذا الأصل هناك (قوله أو حلف إلخ) معطوف على المستثنى وهو قوله إذا لم يمكن أكله. قال في النهر: وفي مجموع النوازل: وكذا كلام فلان وفلان علي حرام يحنث بكلام أحدهما، وكذا كلام أهل بغداد. وفي المحيط في: كلام فلان وفلان علي حرام أو والله لا أكلم فلانا وفلانا الصحيح أنه لا يحنث في المسألتين ما لم يكلمهما إلا أن ينوي كلام واحد منهما فيحنث بكلام أحدهما لأنه شدد على نفسه. اهـ.

قلت: وهذا إذا لم يذكر لا بعد العاطف.

مطلب لا أذوق طعاما ولا شرابا حنث بأحدهما، بخلاف لا أذوق طعاما وشرابا ففي البزازية: حلف بالطلاق لا يذوق طعاما ولا شرابا فذاق أحدهما طلقت، كما لو حلف لا يكلم فلانا ولا فلانا. ولو قال لا أذوق طعاما وشرابا فذاق أحدهما لا يحنث. اهـ. وإذا كرر لا فإنه يصير يمينين كما سنذكر في بحث الكلام عن الواقعات (قوله ونوى أحدهما) أي نوى أن لا يكلم كل واحد منهما.

[تنبيه] في الحاوي الزاهدي عن الجامع: إن لم أكن ضربت هذين السوطين في دار فلان فعبدي حر فضرب أحدهما في دار غيره، أو قال إن لم أكلم فلانا وفلانا اليوم فأنت طالق فكلم أحدهما اليوم فقط يحنث. قال: وألحق بعضهم بذلك: إن لم تحضري فراشي ولم تراعيني فأنت طالق فلم تحضر فراشه ولكن راعته فإنه يحنث. قال: وفيه **إشكال**، وبينهما فرق جلي لأن الحنث في اليمين إنما يتحقق إذا صدق ما دخل عليه حرف الشرط، ففي إن دخلت الدار إنما يحنث إذا صدق دخلت، وفي إن لم أدخل إنما يحنث إذا صدق لم أدخل، فإذا قال إن لم أدخل هاتين الدارين اليوم أو إن لم أكن ضربت هذين السوطين في دار فلان فحرف الشرط دخل على النفي وهو لم أكن دخلت أو ضربت هاتين وهو نفي لمجموع دخول الدارين

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣/٧٠١

وضرب السوطين ونفي المجموع يتحقق بنفي أحد أجزائه، بخلاف قوله إن لم تحضري فراشي ولم تراعيني فإنه لما كرر حرف النفي كان نفيا لكل واحد منها، ونفي كل واحد منهما لا يصدق مع ثبوت أحدهما فإنه لا يصدق قولنا لم يقدم زيد ولم يقدم عمرو مع قدوم أحدهما، ويصدق إن لم يقدم زيد وعمرو مع أحدهما، لكن ذكر في المحيط ما يدل على صحة هذا الجواب، فإنه قال إذا قال إن لم تكلمي فلانا ولم تكلمي." (١)

"وله أخ واحد وتمامه فيها. قلت: وبه علم جواب حادثة حلف بالطلاق على أن أولاد زوجته لا يطلعون بيته فطلع واحد منهم لم يحنث.

(كل حل) أو حلال الله أو حلال المسلمين (علي حرام)

ــــــــــوفلانا اليوم فأنت طالق فكلمت أحدهما ومضى اليوم طلقت، فقد صح هذا الجواب من حيث الرواية، لكن ما قلته من الإشكال قوي. اهـ.

قلت: والجواب أنه إذا كرر حرف النفي يكون نفي كل واحد بانفراده مقصودا؛ ففي: إن لم تحضري فراشي ولم تراعيني يتحقق شرط الحنث بنفي كل واحد بانفراده لأنه يصير كأنه حلف على كل واحد بعينه، لأنه إذا كرر النفي تتكرر اليمين، حتى لو قال لا أكلمك اليوم ولا غدا ولا بعد غد فهي أيمان ثلاثة، وإن لم يكرر النفي فهي يمين واحدة، حتى لو كلمه ليلا يحنث بمنزلة قوله ثلاثة أيام كما سيأتي عن الواقعات في بحث الكلام. وأما عدم الصدق في لم يقدم زيد ولم يقدم عمرو مع قدوم زيد مثلا فلأنه إخبار عن قدوم كل منهما بانفراده حيث جعله مقصودا بالنفي، فإذا علق ذلك بالشرط يتحقق شرط الحنث وهو أنه لم يقدم زيد، هذا ما ظهر لي فتدبره (قوله وله أخ واحد) أي وهو عالم به كما قيد بذلك قبيل باب اليمين بالطلاق والعتاق، فحينئذ يحنث إذا كلمه لأنه ذكر الجمع وأراد الواحد، وإن كان لا يعلم أن الأخ واحد لا يحنث لأنه لم يرد الواحد فبقيت اليمين على الجمع، كمن حلف لا يأكل ثلاثة أرغفة من هذا الحب وليس فيه إلا رغيف واحد وهو لا يعلم لا يحنث بحر عن الواقعات (قوله قلت إلخ) البحث لصاحب البحر في الباب الآتي، وقوله وبه علم: أي بما ذكره من مسألة الإخوة فإنه جمع ليس فيه الألف واللام بل هو مضاف مثل أولاد زوجته، فحيث كان عالما بتعددهم لا يحنث إلا بالجمع كما في لا أكلم رجالا أو نساء، بخلاف ما فيه الألف واللام مثل لا أكلم الفقراء أو المساكين أو الرجال فإنه يحنث بالواحد لأنه اسم جنس كما في الواقعات.

مطلب الجمع المضاف كالمنكر، بخلاف المعرف بأل

وما مر عن الواقعات في إخوة فلان صريح في أن الجمع المضاف كالمنكر، وسيأتي في آخر باب اليمين بالأكل والشرب والكلام تمام تحقيق المعرف والمنكر والمضاف. وتحرير جواب هذه الحادثة. قال في البحر: لكن قال في القنية إن أحسنت إلى أقربائك فأنت طالق فأحسنت إلى واحد منهم يحنث ولا يراد الجمع في عرفنا اهـ فيحتاج إلى الفرق إلا أن يدعي أن في العرف فرقا. اهـ.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣/٧٣١

قلت: لا يخفى أن العرف الآن عدم التفرقة بين إخوة فلان وأقربائك وأولاد زوجته ونحوه من الجمع المضاف في أنه يراد به الجنس الصادق بالواحد والأكثر، فينبغي الحنث في الحادثة المذكورة.

مطلب كل حل عليه حرام

(قوله كل حل إلخ) قال في الهداية: ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوي غير ذلك. والقياس أن يحنث كما فرغ لأنه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه، وهذا قول زفر. وجه الاستحسان أن المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم فينصرف إلى الطعام والشراب للعرف فإنه يستعمل فيما يتناول عادة، ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم، وإذا نواها كان إيلاء، ولا يصرف اليمين عن المأكول." [١]

"ومنها: إن لم تهبيني صداقك اليوم فأنت طالق وقال أبوها إن وهبتيه فأمك طالق فالحيلة أن تشتري منه بمهرها ثوبا ملفوفا وتقبضه فإذا مضى اليوم لم يحنث أبوها لعدم الهبة ولا الزوج لعجزها عن الهبة عند الغروب لسقوط المهر بالبيع ثم إذا أرادت الرجوع ردته بخيار الرؤية.

(وفي) حلفه والله (ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا حنث للحال)

ــــــQقريبا عن شرح الجامع الكبير.

(قوله ثوبا ملفوفا) قيد به ليمكنها الرد عليه بخيار الرؤية ليعود مهرها كما في الفتح (قوله وتقبضه) هذا ليس بقيد فإنه بمجرد الشراء ثبت لها في ذمته الثمن فانتفيا قصاصا ولذا لم يذكره الزيلعي وتمامه في ح (قوله لعجزها عن الهبة إلخ) يشكل عليه قولهم إن الدين إذا قبض لا يسقط عن ذمة المديون حتى لو أبرأه الدائن يرجع عليه بما قبضه منه وقصارى أمر الشراء به أن يكون كقبضه. اهـ. ح عن شرح المقدسي. قلت: وأصل **الإشكال** لصاحب البحر ذكره في باب التعليق عند قوله وزوال الملك لا يبطل اليمين وأجاب ط بأن مبنى الأيمان على العرف والعرف يقضي بأنها إذا اشترت بمهرها شيئا تصير لا شيء لها وفيه أن المقصود العجز وعدم التصور شرعا لا عرفا وإلا انتقض الأصل المار في كثير من المسائل فافهم: وأجاب السائحاني بأنها لما جعلت المهر ثمنا والكل وصف في الذمة تغير من المهرية إلى الثمنية، فلم يكن هناك مهر حتى يوهب، وأما الدين فبدله لم يدفع على صريح المعاوضة، فلم يقع التقاضي به من كل وجه ولم يدفع حالة كونه وصفا في الذمة، حتى ينتقل إليه لقربه منه. اهـ.

مطلب في قولهم الديون تقضى بأمثالها

قلت: **والجواب** الواضح أن يقال قد قالوا إن الديون تقضى بأمثالها أي إذا دفع الدين إلى دائنه ثبت للمديون بذمة دائنه مثل ما للدائن بذمة المديون فيلتقيان قصاصا لعدم الفائدة في المطالبة، ولذا لو أبرأه الدائن براءة إسقاط يرجع عليه المديون كما مر، وكذا إذا اشترى الدائن شيئا من المديون بمثل دينه التقيا قصاصا أما إذا اشتراه بما في ذمة المديون مع الدين ينبغي

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣/٧٣٢

أن لا يثبت للمديون بذمة الدائن شيء لأن الثمن هنا معين وهو الدين فلا يمكن أن يجعل شيئا غيره فتبرأ ذمة المديون ضرورة بمنزلة ما لو أبرأه من الدين وبه يظهر الفرق بين قبض الدين وبين الشراء به فتدبر.

مطلب حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن الحجر ذهبا

(قوله وفي ليصعدن السماء إلخ) مثله إن لم أمس السماء بخلاف إن تركت مس السماء فعبدي حر لا يحنث لأن الشرط هو الترك وهو لا يتحقق في غير المقدور عادة، وفي الأول شرط عدم المس والعدم يتحقق في غير المقدور كذا في التحرير شرح الجامع الكبير للحصيري معزيا إلى المنتقى، ومثله في النهر عن المحيط.

قلت: ويظهر الفرق في قولك لا أمس السماء وقولك أترك مس السماء فإن الأول لا يقتضي أنه معتاد ممكن بخلاف الثاني، وهذا ينافي ما مر في إن لم تصلي الصبح غدا، وفي إن لم تردي الدينار ولعله رواية أخرى فتأمل.." (١)

"(صوما أو يوما حنث بيوم) لأنه مطلق فيصرف إلى الكامل. (حلف ليصومن هذا اليوم وكان بعد أكله أو بعد الزوال صحت) اليمين (وحنث للحال) لأن اليمين لا تعتمد الصحة بل التصور كتصوره في الناسي وهو (كما لو قال لامرأته إن لم تصلي اليوم فأنت كذا فحاضت من ساعتها أو بعد ما صلت ركعة) فإن اليمين تصح وتطلق في الحال لأن درور الدم لا يمنع كما في الاستحاضة بخلاف مسألة الكوز.

ـــــــــمحدثا فليتأمل.

ثم رأيت في الفتح ما يفيد المنافاة بين القولين حيث استشكل المسألة المارة، ثم أجاب بأن ما هنا أصح لأنه نص محمد في الجامع الصغير لكنه بعد أسطر أجاب مستندا للذخيرة بأن المراد بالفاسد ما لم يوصف بوصف الصحة في وقت بأن يكون ابتداء الشروع غير صحيح وقال وبه يرتفع الإشكال، وتبعه في البحر والنهر وهذا عين ما فهمته من الإشكال، والجواب والحمد لله على إلهام الصواب (قوله لأنه مطلق إلخ) علة للمسألتين: أي فلا يراد باليوم بعضه، وكذا في صوم لأن المراد بها المعتبر شرعا فافهم. قال في الفتح: أما في " يوما " فظاهر وكذا في " صوما " لأنه مطلق فينصرف إلى الكامل وهو المعتبر شرعا ولذا قلنا لو قال لله علي صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالإجماع، وكذا إذا قال علي صلاة تجب ركعتان عندنا لا يقال المصدر مذكور بذكر الفعل، فلا فرق بين حلفه لا يصوم، ولا يصوم صوما فينبغي أن لا يحنث في الأول إلا بيوم لأنا نقول الثابت في ضمن الفعل ضروري لا يظهر أثره في غير تحقق الفعل بخلاف الصريح، فإنه اختياري يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال. اهـ. (قوله لأن اليمين إلخ) جواب عما أورد من أن اليمين هنا صحت مع أنه مقرون بذكر اليوم ولا كمال ورد في الفتح إلا يراد بأن كلامنا كان في المطلق وهو لفظ " يوما " ولفظ هذا اليوم مقيد معرف، وإنما تشكل هذه المسألة والتي بعدها على قول أبي حنيفة ومحمد لأن التصور شرعا منتف، وكونه ممكنا في صورة أخرى وهي صورة النسيان والاستحاضة لا يفيد حيث كان في صورة الحلف مستحيلا شرعا لأنه لم يحلف إلا على الصوم والصلاة الشرعيتين أما على قول أبي يوسف فظاهر. اهـ. (قوله كتصوره في الناسي) أي في الذي أكل ناسيا فإن حقيقة الصوم: وهي الإمساك

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣/٧٨٩

عن المفطرات غير موجودة مع أنه اعتبره الشارع صائما فقد وجد الصوم مع الأكل وهذا نظير قوله بعد أكله وأما قوله أو بعد الزوال فلم يوجد له نظير والناسي لا يصلح نظيرا له وعن هذا قال في النهر: وأنت خبير بأن الصورة فيما إذا حلف بعد الزوال في الناسي الذي لم يأكل ممنوع. اهـ.

قلت: ويجاب بأن المراد إمكان تصوره مع فقد شرط وقد وجد ذلك في الناسي ولا فرق بين شرط وشرط فيصلح ذلك نظيرا لهما، ويدل لما قلنا ما في الذخيرة من أن المراد بالتصور بعد الزوال وبعد الأكل أن الله سبحانه لو شرع الصوم بعدهما لم يكن مستحيلا ألا ترى كيف شرعه بعد الأكل ناسيا، وكذلك الصلاة مع الحيض تتصور لأن الحيض ليس إلا درور الدم وأنه لا ينافي شرعية الصلاة ألا ترى أن الصلاة في حق المستحاضة مشروعة وشرط إقامة الدليل مقام المدلول التصور لا الوجود بخلاف مسألة الكوز إلخ اهـ ملخصا.

قلت: وبهذا يجاب عن **إشكال** الفتح لأن المراد أنه لو شرع لم يكن مستحيلا شرعا لهذه الشواهد. نعم يقوي **إشكاله** ما قدمه الشارح في بحث مسألة الكوز إن لم تصل الصبح غدا فأنت كذا لا يحنث بحيضها بكرة في الأصح وعزاه في البحر هنا للمنتقى، وقال هنا فحينئذ لا يحنث في مسألة الصوم أيضا على الأصح، قال: لكن جزم في المحيط بالحنث فيهما وفي الظهيرية أنه الصحيح اهـ فافهم (قوله كما في الاستحاضة) فإنها فقد معها شرط الصلاة مع حكم الشارع عليها بالصحة، فعلم أن شرعيتها مع فقد شرط غير مستحيلة بمعنى أنه تعالى لو شرعها مع الحيض." [١]

"محل الفعل وهو الماء غير قائم أصلا فلا يتصور بوجه.

(وحنث في لا يصلي بركعة) بنفس السجود بخلاف إن صليت ركعة فأنت حر لا يعتق إلا بأولى شفع لتحقق الركعة (وفي لا يصلي (صلاة بشفع) وإن لم يقعد بخلاف لا يصلي الظهر مثلا فإنه يشترط التشهد.

(و) حنث (في لا يؤم أحدا باقتداء قوم به بعد شروعه وإن) وصلية

ــــــــــلأمكن كما مر فلا يرد **إشكال** الكمال فافهم (قوله لأن محل الفعل) أي المحلوف عليه بقوله لا أشرب ماء هذا الكوز والحال أنه لا ماء فيه.

مطلب حلف لا يصلي حنث بركعة

(قوله بركعة) أي استحسانا لأن الصلاة عبارة عن أفعال مختلفة فما لم يأت بها لا تسمى صلاة يعني لم يوجد تمام حقيقتها والحقيقة تنتفي بانتفاء الجزء، بخلاف الصوم فإنه ركن واحد ويتكرر بالجزء الثاني. وأورد أن من أركان الصلاة القعدة وليست في الركعة الواحدة فيجب أن لا يحنث. أجيب بأنها موجودة بعد رفع رأسه من السجدة وهذا إنما يتم بناء على توقف الحنث على الرفع منها والأوجه خلافه على أنه لو سلم فليست تلك القعدة هي الركن.

والحق أن الأركان الحقيقية هي الخمسة والقعدة ركن زائد على ما تحرر وإنما وجبت للختم فلا تعتبر ركنا في حق الحنث اهـ

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣/٨٢٨

فتح ملخصا قال في النهر: وقدمنا أنها شرط لا ركن وهو ظاهر في توقف حنثه على القراءة في الركعة وإن كانت ركنا زائدا وهذا أحد قولين، وقيل يحنث بدونها حكاهما في الظهيرية (قوله بنفس السجود) أي بوضع الجبهة على الأرض لتمام حقيقة السجود به بلا توقف على الرفع وهو الأوجه كما في الفتح (قوله لتحقق الركعة) تقدم أن الصلاة تتحقق بوجود الأركان الأربعة، لكن إذا قال ركعة فقد التزم زيادة على حقيقة الصلاة وهو صلاة تسمى ركعة وهي الركعة الأولى من شفع، فلو صلى ركعة ثم تكلم لا يحنث لأنها صورة ركعة لا صلاة هي ركعة وقال في الظهيرية لأنه ما صلى ركعة لأنها بتيراء ولو صلى ركعتين حنث بالركعة الأولى.

قال في البحر: وقد علم مما ذكرنا أن النهي عن البتيراء مانع لصحة الركعة وهي تصغير البتراء تأنيث الأبتر وهو في الأصل مقطوع الذنب ثم صار يقال للناقص. اهـ (قوله وإن لم يقعد إلخ) مأخوذ من الفتح حيث قال: حلف لا يصلي صلاة فهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين؟ اختلفوا فيه والأظهر أنه إن عقد يمينه على مجرد الفعل وهو ما إذا حلف لا يصلي صلاة يحنث قبل القعدة لما ذكرته أي من أنها ركن زائد، وإن عقدها على الفرض كصلاة الصبح أو ركعتي الفجر، ينبغي أن لا يحنث حتى يقعد اهـ وفي النهر عن العناية أن الصلاة لا تعتبر شرعا بدونها وصلاة الركعتين عبارة عن صلاة تامة وتمامها شرعا لا يكون إلا بالقعدة ثم قال بعد نقل ما في الفتح: وتوجيه المسألة يشهد لما في العناية. اهـ.

وحاصله: أنه لا بد من القعدة مطلقا وهذا كله مخالف لما في البحر عن الظهيرية حيث قال: والأظهر والأشبه أن عقد يمينه على مجرد الفعل، وهو إذا حلف لا يصلي صلاة لا يحنث قبل القعدة وإن عقدها على الفرض وهي من ذوات المثنى فكذلك وإن كان من ذوات الأربع حنث، ولو حلف لا يصلي الظهر لا يحنث حتى يتشهد بعد الأربع اهـ لكن فيه شبه المنافاة إذ لا فرق يظهر بين قوله لا أصلي الفرض وقوله لا أصلي الظهر مثلا تأمل وفي التتارخانية: لو حلف لا يصلي الظهر أو الفجر أو المغرب لا يحنث حتى يقعد في آخرها ويظهر لي أن الأوجه ما في العناية كما مر عن النهر ويظهر منه أيضا اشتراط القعدة في قوله لا أصلي ركعة وإلا فهي صورة ركعة لا ركعة حقيقية تأمل

(قوله بعد شروعه) متعلق باقتداء (قوله وإن وصلية) لكن الذي في نسخ المتن المجردة صدق بلا واو فتكون إن شرطية وجوابها صدق.." (١)

"فقعدت على ذكره فإنهما يحدان لوجود التمكين (أو تمكينها) فإن فعلها ليس وطئا بل تمكين فتم التعريف، وزاد في المحيط: العلم بالتحريم، فلو لم يعلم لم يحد للشبهة. ورده في فتح القدير بحرمته في كل ملة.

ـــــــQوالتنويع واسم الإشارة للوطء ط (قوله فقعدت على ذكره) أي واستدخلته بنفسها (قوله أو تمكينها) لما كانت المرأة تحد حد الزنا وقد سماها الله تعالى زانية في قوله - ﴿الزانية والزاني﴾ [النور: ٢]- علم أنها تسمى زانية حقيقة، ولا يلزم من كونها لا تسمى واطئة أنها زانية مجازا فلذا زاد في التعريف تمكينها حتى يدخل فعلها في المعرف وهو الزنا الموجب للحد، فلو لم يكن تمكينها زنا حقيقة لما احتيج إلى إدخاله في التعريف، وهو أيضا أمارة كونها زانية حقيقة وإن لم تكن واطئة، كما أن

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣/٨٢٩

الرجل يسمى زانيا حقيقة بالتمكين وإن لم يوجد منه الوطء حقيقة، وبه سقط ما في البحر من أن تسميتها زانية مجاز فافهم (قوله فتم التعريف) تعريض بصاحب الكنز وغيره حيث عرفوه بالتعريف الأعم، وتقدم **جوابه** تأمل (قوله وزاد في المحيط إلخ) حيث قال إن من شرائطه العلم بالتحريم، حتى لو لم يعلم بالحرمة لم يجب الحد للشبهة، وأصله ما روى سعيد بن المسيب أن رجلا زنى باليمن فكتب في ذلك عمر – رضي الله تعالى عنه –: إن كان يعلم أن الله حرم الزنا فاجلدوه، وإن كان لا يعلم فعلموه، فإن عاد فاجلدوه ولأن الحكم في الشرعيات لا يثبت إلا بعد العلم، فإن كان الشيوع والاستفاضة في دار الإسلام أقيم مقام العلم ولكن لا أقل من إيراث شبهة لعدم التبليغ. اهـ.

وبه علم أن الكون في دار الإسلام لا يقوم مقام العلم في وجوب الحد كما هو قائم مقامه في الأحكام كلها ح عن البحر (قوله ورده في فتح القدير) أي في الباب الآتي بأن الزنا حرام في جميع الأديان والملل، فالحربي إذا دخل دار الإسلام فأسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال يحد ولا يلتفت إليه، وإن كان فعله أول يوم دخوله فكيف يقال إذا ادعى مسلم أصلي أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد اهـ وأقره في البحر والنهر والمنح والمقدسي والشرنبلالي.

ونازع فيه ط بما مر عن عمر وبأن الحرمة الثابتة في كل ملة لا تنافي أن بعض الناس يجهلها. كيف والباب تقبل فيه الشبهات، وأما مسألة الحربي فلعلها على قول من لا يشترط العلم اهـ. قلت: وكذا نازع فيه المحقق ابن أمير حاج في آخر شرحه على التحرير في بحث الجهل حيث قال بعد نقله ما مر عن المحيط غير أن ظاهر قول المبسوط عقب هذا الأثر: فقد جعل ظن الحل في ذلك الوقت شبهة لعدم اشتهار الأحكام يشير إلى أن هذا الظن في هذا الزمان لا يكون شبهة معتبرة لاشتهار الأحكام فيه، ولكن هذا إنما يكون مفيدا للعلم بالنسبة إلى الناشئ في دار الإسلام.

والمسلم المهاجر المقيم بها مدة يطلع فيها على ذلك، فأما المسلم المهاجر الواقع منه ذلك في فور دخوله فلا، وقد قال المصنف: يعني الكمال في شرح الهداية: ونقل في اشتراط العلم بحرمة الزنا إجماع الفقهاء، وهو مفيد أن جهله يكون عذرا، وإذا لم يكن عذرا بعد الإسلام ولا قبله فمتى يتحقق كونه عذرا؟ وحينئذ فالفرع المذكور: أي فرع الحربي هو المشكل فليتأمل. اهـ.

قلت: قد يجاب بأن العلم بالحرمة شرط فيمن ادعى الجهل بها وظهر عليه أمارة ذلك، بأن نشأ وحده في شاهق أو بين قوم جهال مثله لا يعلمون تحريمه أو يعتقدون إباحته إذ لا ينكر وجود ذلك، فمن زنى وهو كذلك في فور دخوله دارنا لا شك في أنه لا يحد، إذ التكليف بالأحكام فرع العلم بها وعلى هذا يحل ما في المحيط.

وما ذكر من نقل الإجماع بخلاف من نشأ في دار الإسلام بين المسلمين أو في دار أهل الحرب المعتقدين حرمته ثم دخل دارنا فإنه إذا زنى يحد ولا يقبل اعتذاره بالجهل. وعليه يحمل فرع الحربي ويزول عنه **الإشكال**، وهو أيضا محمل كلام الكمال وبه يحصل التوفيق، وهو أولى من شق العصا والتفريق، هذا ما ظهر لي، والله سبحانه وتعالى أعلم." (١)

"بلا خيار لو عند العقد وبه لو بعده في المجلس أو بعده عندهما به يفتى فإن رضي هل يلزم البيع بلا رضا البائع؟ الظاهر نعم نهر

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٤/٦

(وفسد في الكل في بيع ثلة) بفتح فتشديد قطيع الغنم (وثوب كل شاة أو ذراع) لف ونشر (بكذا) وإن علم عدد الغنم في المجلس، لم ينقلب صحيحا عنده على الأصح ولو رضيا انعقد بالتعاطي

ــــــــQحيث سئل فيمن اشترى غرائر معلومة من صبرة كثيرة، فأجاب: بأنه يصح، ويلزم ولا جهالة مع تسمية الغرائر. اهـ. (قوله: بلا خيار لو عند العقد) صرح به ابن كمال والظاهر أن التسمية قبل العقد في مجلسه كذلك. (قوله: وبه لو بعده إلخ) الضمير الأول للخيار والثاني للعقد، قال: ح: أي وصح في الكل بالخيار للمشتري لو سمى جملة قفزانها بعد العقد في المجلس. (قوله: أو بعده) أي بعد المجلس. (قوله: عندهما) راجع لقوله أو بعده لكن لا خيار للمشتري في هذه الصورة عندهما خلافا لما تقتضيه عبارته أفاده ح. قلت: فكان الأصوب أن يقول لا بعده وصح عندهما وعبارة الملتقى مع شرحه لا يصح لو زالت الجهالة بأحدهما بعد ذلك أي المجلس لتقرر المفسد، وقالا: يصح مطلقا اهـ. ولا يخفى أن عدم الصحة عنده إنما هو فيما زاد على صاع، أما فيه فالصحة ثابتة وإن لم توجد تسمية أصلا كما تفيده عبارة المتن. (قوله: وبه يفتى) عزاه في الشرنبلالية إلى البرهان وفي النهر عن عيون المذاهب وبه يفتى، لا لضعف دليل الإمام بل تيسيرا. اهـ.

وفي البحر: وظاهر الهداية ترجيح قولهما لتأخيره دليلهما كما هو عادته. اهـ. قلت: لكن رجح في الفتح قوله وقوى دليله على دليلهما، ونقل ترجيحه أيضا العلامة قاسم عن الكافي والمحبوبي والنسفي وصدر الشريعة ولعله من حيث قوة الدليل فلا ينافي ترجيح قولهما من حيث التيسير ثم رأيته في شرح الملتقى أفاد ذلك وظاهره ترجيح التيسير على قوة الدليل. (قوله: فإن رضي) تفريع على قوله وبه لو بعده في المجلس. (قوله: الظاهر نعم) هو رواية عن الإمام استظهرها في النهر على رواية أبي يوسف عنه أنه لا يجوز إلا بتراضيهما.

(قوله: وفسد في الكل) أي عنده خلافا لهما؛ لأن الأفراد إذا كانت متفاوتة لم يصح في شيء بحر أي لا في واحد ولا في أكثر، بخلاف مسألة الصبرة وسيأتي ترجيح قولهما وهذا شروع في حكم القيميات بعد بيان حكم المثليات كالصبرة ونحوها من كل مكيل وموزون. (قوله: بفتح) أي بفتح الثاء المثلثة أما بضمها، فالكثير من الناس أو من الدراهم وبكسرها الهلكة كما في القاموس. (قوله: وثوب) أي يضره التبعيض أما في الكرباس، فينبغي جوازه في ذراع واحد كما في الطعام الواحد بحر عن غاية البيان. قلت: ووجهه ظاهر فإن الكرباس في العادة لا يختلف ذراع منه عن ذراع، ولذا فرض القهستاني المسألة فيما يختلف في القيمة وقال: فإن الذراع من مقدم البيت أو الثوب أكثر قيمة من مؤخره. اهـ. فأفاد أن ما لا يختلف مقدمه ومؤخره فهو كالصبرة. (قوله كل شاة) أما لو قال: شاتين بعشرين، وسمى الجملة مائة مثلا كان باطلا إجماعا وإن وجده كما سمى؛ لأن كل شاة لا يعرف ثمنها إلا بانضمام غيرها إليها قاله الحدادي، وفي الخانية ولو كان ذلك في مكيل أو موزون أو عددي متقارب جاز نهر. (قوله: وإن علم) أي بعد العقد كما يفيده ما يأتي. (قوله: ولو رضيا إلخ) في السراج قال: الحلواني: الأصح أن عند أبي حنيفة إذا أحاط علمه بعدد الأغنام في المجلس لا ينقلب صحيحا لكن لو كان البائع على رضاه ورضي المشتري ينعقد البيع بينهما بالتراضي، كذا في الفوائد الظهيرية ونظيره البيع بالرقم. اهـ. بحر. وفي المجتبى ولو اشترى عشر شياه من مائة شاة أو عشر بطيخات من وقر، فالبيع باطل، وكذا الرمان، ولو عزلها البائع وقبلها المشتري جاز

استحسانا والعزل والقبول بمنزلة إيجاب وقبول. اهـ. ومثله في التتارخانية وغيرها قال: الخير الرملي: وفيه نوع **إشكال** وهو أنه تقدم أن التعاطي بعد عقد فاسد لا ينعقد به البيع. اهـ. وانظر ما قدمناه من **الجواب** عند الكلام على بيع التعاطي.." [١]

"والراء والعصير في بيع مسلمين لو تخمر في المدة فسد خلافا لهما، فينبغي أن يرمز لها لفظ تتصدر ويضم الرمز للرمز، ولم أره لأحد فليحفظ.

(أجاز من له الخيار) ولو أجنبيا (صح ولو مع جهل صاحبه) إجماعا إلا أن يكون الخيار لهما وفسخ أحدهما فليس للآخر الإجازة؛ لأن المفسوخ لا تلحقه الإجازة. (فإن فسخ) بالقول (لا) يصح (إلا إذا علم) الآخر في المدة، فلو لم يعلم لزم العقد، والحيلة أن يستوثق بكفيل مخافة الغيبة أو يرفع الأمر للحاكم لينصب من يرد عليه عيني، قيدنا بالقول لصحته بالفعل بلا علمه اتفاقا

ـــــــQكما ظنه من قال: إن الزوائد تعم المتصلة والمنفصلة فيستغنى بها عن الكاف المشار بها إلى الكسب اهـ. فافهم.

(قوله: فسد) أي البيع عنده لعجزه عن تملكه بإسقاط خياره، ويتم عندهما لعجزه عن رده بفسخه فتح. (قوله: خلافا لهما) راجع للمسائل الخمس المزيدة فافهم. (قوله: ويضم الرمز للرمز) كذا في بعض النسخ: أي يضم الرمز المزيد بلفظ تتصدر للرمز السابق، وفي بعض النسخ ويضم لرمز الرمز بجر الأول باللام والثاني بالإضافة، وهذه النسخة ألطف وعليها ففي " يضم " ضمير يعود للرمز المزيد، ويكون المراد بالرمز المجرور باللام الرمز السابق عن العيني، وبالرمز المجرور بالإضافة شرح الكنز للعيني فإن اسمه الرمز. وفي ط: فيصير المعنى اسحق عزك: أي امحقه بتواضعك وعظم الله – تعالى – في قلبك، فامتثل أمره ونهيه، وعظم الناس بإنزالهم منزلتهم تصير صدرا أي مقدما ومقربا عند الله – تعالى – وعند الناس. (قوله: ولم أره لأحد) أي لم ير الرمز ب تتصدر وإلا فالمسائل في المنح البحر ط

(قوله: أجاز من له الخيار) أي أجاز بالقول أو بالفعل كالإعتاق والوطء ونحوهما كما يأتي. وفي جامع الفصولين: إذا قال: أجزت شراءه أو شئت أخذه أو رضيت أخذه بطل خياره؛ ولو قال: هويت أخذه أو أحببت أو أردت أو أعجبني أو وافقني لا يبطل لو اختار الرد أو القبول بقلبه فهو باطل لتعلق الأحكام بالظاهر لا بالباطن. (قوله: ولو مع جهل صاحبه) أي العاقد معه، أما لو كان للمشتريين ففسخ أحدهما بعيبة الآخر لم يجز كما في جامع الفصولين. (قوله: لهما) أي لكل من المتعاقدين. (قوله: فليس للآخر الإجازة) أي إلا إذا قبل الأول إجازته، يدل عليه ما في جامع الفصولين: باعه بخيار ففسخه في المدة انفسخ، فإن قال: بعده أجزت وقبل المشتري جاز استحسانا، ولو كان الخيار للمشتري فأجاز ثم فسخ وقبل البائع جاز وينفسخ اهـ.

فيكون الأول بيعا آخر كما سيذكره الشارح والثاني إقالة. (قوله: لأن المفسوخ لا تلحقه الإجازة) فيه **إشكال** سيذكره الشارح مع **جوابه**. (قوله: لا يصح إلا إذا علم الآخر) هذا عندهما. وقال: أبو يوسف: يصح، وهو قول الأئمة الثلاثة.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٤/٥٤٠

قال: الكرخي وخيار الرؤية على هذا الخلاف في العيب لا يصح فسخه بدون علمه إجماعا. ولو أجاز البيع بعد فسخه قبل أن يعلم المشتري جاز وبطل فسخه ذكره الإسبيجابي، يعني عندهما. وفيه يظهر أثر الخلاف فيما إذا باعه بشرط أنه إذا غاب فسخ فسد البيع عندهما خلافا لأبي يوسف، ورجح قوله في الفتح نهر. (قوله: فلو لم يعلم) أي في مدة الخيار، سواء علم بعدها أو لم يعلم أصلا. (قوله: أن يستوثق بكفيل) الذي في العيني أن يأخذ منه وكيلا، يعني إذا بدا له الفسخ رده عليه. اهـ. ومثله في البحر وغيره ح. (قوله: أو يرفع الأمر للحاكم لينصب إلخ) في العمادية: وهذا أحد قولين، وقيل: لا ينصب لأنه ترك النظر لنفسه بعدم الوكيل فلا ينظر القاضي إليه، وتمامه في النهر.

(قوله: لصحته بالفعل بلا علمه) مثال الفسخ بالفعل أن يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك، كما إذا أعتق المبيع أو باعه أو كان جارية فوطئها أو قبلها أو أن يكون الثمن عينا فتصرف فيه المشتري تصرف الملاك فيما إذا كان الخيار للمشتري، صرح به الأكمل في العناية وغيره من المشايخ منح، والمراد بقوله أن يتصرف البائع إلخ أن يكون الخيار له وتصرف كذلك فيكون فسخا حكميا لأنه دليل استبقاء المبيع على ملكه. وأما لو كان الخيار للمشتري." (١)

"ولو بفعل أجنبي خير البائع.

[مطلب أحكام نقصان المبيع فاسدا]

(وكره) تحريما منع الصحة (البيع عند الأذان الأول) إلا إذا تبايعا يمشيان فلا بأس به لتعليل النهي بالإخلال بالسعي، فإذا انتفى انتفى، وقد خص منه من لا جمعة عليه ذكره المصنف.

(و) كره (النجش) بفتحتين ويسكن: أن يزيد ولا يريد الشراء أو يمدحه بما ليس فيه ليروجه ويجري في النكاح وغيره. ثم النهي محمول على ما (إذا كانت السلعة بلغت قيمتها، أما إذا لم تبلغ لا) يكره لانتفاء الخداع عناية (والسوم على سوم غيره) ولو ذميا أو مستأمنا،

ـــــــQقوله خير البائع) إن شاء أخذه من المشتري، وهو يرجع على الجاني، وإن شاء أتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري جامع الفصولين.

(قوله وكره تحريما مع الصحة) أشار إلى وجه تأخير المكروه عن الفاسد مع اشتراكهما في حكم المنع الشرعي والإثم، وذلك أنه دونه من حيث صحته وعدم فساده؛ لأن النهي باعتبار معنى مجاور للبيع لا في صلبه ولا في شرائط صحته، ومثل هذا النهي لا يوجب الفساد بل الكراهية كما في الدرر. وفيها أيضا أنه لا يجب فسخه ويملك المبيع قبل القبض ويجب الثمن لا القيمة. اهـ لكن في النهر عن النهاية أن فسخه واجب على كل منهما أيضا صونا لهما عن المحظور، وعليه مشى الشارح في آخر الباب، ويأتي تمامه (قوله عند الأذان الأول) وهو الذي يجب السعي عنده (قوله إلا إذا تبايعا يمشيان إلخ) قال الزيلعي: هذا مشكل، فإن الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا، فمن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ، فلا

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٤/ ٥٨٠

يجوز بالرأي شرنبلالية. **واجواب** ما أشار إليه الشارح من أن النص معلل بالإخلال بالسعي ومخصص، لكن ما مشى عليه الشارح هنا مشى على خلافه في الجمعة تبعا للبحر والزيلعي (قوله وقد خص منه إلخ) **جواب** ثان: أي والعام إذا دخله التخصيص صار ظنيا فيجوز تخصيصه ثانيا بالرأي: أي بالاجتهاد، وبه اندفع قول الزيلعي فلا يجوز أي بالرأي، قلت: وفيه نظر، فإن **إشكال** الزيلعي من حيث إن قوله تعالى ﴿وذروا البيع﴾ [الجمعة: ٩] مطلق عن التقييد بحالة دون حالة، فإن مفاد الآية الأمر بترك البيع عند النداء، وهو شامل لحالة المشي، والذي خص منه من لا تجب عليه الجمعة هو الواو في - ﴿فاسعوا﴾ [الجمعة: ٩]- ولا يلزم منه تخصيص من ذكر أيضا في - ﴿وذروا البيع﴾ [الجمعة: ٩]-؛ لأن القرآن في النظم لا يلزم منه المشاركة في الحكم كما تقرر في كتب الأصول، نظير قوله تعالى ﴿وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾ [البقرة: ٤٣] فإن الخطاب عام في الموضعين، لكن خص الدليل من الأول جماعة كالمريض العاجز، ومن الثاني جماعة كالفقير مع أن المريض تلزمه الزكاة والفقير تلزمه الصلاة. والحاصل أن الدليل خص من وجوب السعي جماعة كالمريض والمسافر، ولم يرد الدليل بتخصيص هؤلاء من وجوب ترك البيع فيبقى الأمر شاملا لهم، إلا أن يعلل بترك الإخلال بالسعي فيرجع إلى **الجواب** الأول فلم يفد الثاني شيئا فتأمل.

(قوله وكره النجش) لحديث الصحيحين «لا تتلقى الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا، ولا يبع حاضر لباد» فتح (قوله أو يمدحه) تفسير آخر، عبر عنه في النهر: بقيل نقلا عن القرماني في شرح المقدمة قال: وفي القاموس ما يفيده (قوله في النكاح وغيره) أي كالإجارة، وهذا ذكره المصنف في منحه (قوله لا يكره) بل ذكر القهستاني وابن الكمال عن شرح الطحاوي أنه في هذه الصورة محمود (قوله والسوم على سوم غيره) وكذا البيع على بيع غيره. ففي الصحيحين «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن تلقي الركبان» إلى أن قال «وأن يستام الرجل على سوم أخيه» وفي الصحيحين أيضا «لا يبع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له» .." (١)

"لكن تعقبه في النهر وفرق بأنها لا تفتقر لشهود ومهر، وله رجعة أمة على حرة نكحها بعد طلاقها وتبطل بالشرط، بخلاف النكاح

(والصلح عن مال) بمال درر وغيرها. وفي النهر الظاهر الإطلاق، حتى لو كان عن سكوت أو إنكار كان فداء في حق المنكر ولا يجوز تعليقه

(والإبراء عن الدين) لأنه تمليك من وجه

ـــــــQقلت: وقد مر أيضا في الأصل الأول أن ما ليس مبادلة مال بمال لا يفسد بالشرط الفاسد، ولا يخفى أن الرجعة كذلك.

والجواب عما قاله في البحر أنه مبني على أن قولهم ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به قاعدة واحدة والفروع

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ١٠١/٥

المذكورة بعدها مفرعة عليها وذلك غير صحيح بل هما قاعدتان كما قررناه، والرجعة مفرعة على الثانية منهما فقط فلا بطلان في كلامهم بعد فهم مرامهم، فافهم (قوله لكن تعقبه في النهر) حيث قال: وحيث ذكر الثقات بطلانها بالشرط الفاسد لم يبق الشأن إلا في السبب الداعي للتفرقة بينها وبين النكاح، ثم ذكر الفرق المذكور في الشرح. واعترضه ح بأنه لا يلزم من مخالفتها النكاح في أحكام أن تخالفه في هذا الحكم اهـ. قلت: وأيضا فقوله وتبطل بالشرط هو محل النزاع، فالصواب ذكره بالفاء لا بالواو على أنك قد سمعت **الجواب** الحاسم لمادة **الإشكال**.

[تنبيه] علل في الخلاصة لعدم صحة تعليق الرجعة بالشرط بأنه إنما يحتمل التعليق بالشرط ما يجوز أن يحلف به ولا يحلف بالرجعة اهـ. واعترضه في نور العين بأن عدم التحليف في الرجعة قول الإمام، والمفتى به قولهما أنه يحلف وعليه فينبغي أن يصح تعليقها بالشرط اهـ. قلت: اشتبه عليه الأمر، فإن قول الخلاصة لا يحلف بالرجعة بتخفيف اللام بمعنى أنه لا يقال إن فعلت كذا فعلي أن أراجع زوجتي كما يقال فعلي حج أو عمرة أو غيرهما مما يحلف به وكأنه ظنه يحلف بتشديد اللام وجعل الباء للسببية: أي إذا أنكر الرجعة لا يحلفه القاضي عليها كبقية المسائل الستة التي لا يحلف عليها المنكر عنده وعندهما يحلف، ولا يخفى أن هذا من بعض الظن فاجتنبه

(قوله والصلح عن مال بمال) ك صالحتك على أن تسكنني في الدار سنة أو إن قدم زيد، لأنه معاوضة مال بمال فيكون بيعا عيني. وفي صلح الزيلعي إنما يكون بيعا إذا كان البدل خلاف جنس المدعى به، فلو على جنسه، فإن بأقل منه فهو حط وإبراء، وإن بمثله فقبض واستيفاء، وإن بأكثر فهو فضل وربا (قوله وفي النهر الظاهر الإطلاق) أي عدم التقييد بكونه بيعا فيشمل ما إذا كان على جنس المدعى بصوره الثلاث المذكورة آنفا، لكن الأولى منها داخلة في الإبراء الآتي، والثالثة فاسدة بدون الشرط والتعليق لكونها ربا، وأما الثانية فيظهر عدم فسادها مطلقا تأمل، ويحتمل أن يراد بالإطلاق عدم التقييد بكونه عن إقرار بقرينة التفريع، وما قيل من أن الحق التقييد لأن الكلام فيما يبطل بالشرط الفاسد وهو المعاوضات المالية والصلح عن سكوت وإنكار ليس منها، **فجوابه** ما علمته من أن المفرع عليه قاعدتان لا واحدة فما لم يصلح فرعا للأولى يكون فرعا للثانية ولذا اقتصر الشارح على قوله ولا يجوز تعليقه فافهم

[مطلب قال لمديونه إذا مت فأنت بريء]

(قوله والإبراء عن الدين) بأن قال أبرأتك عن ديني على أن تخدمني شهرا أو إن قدم فلان عيني. وفي العزمية عن إيضاح الكرماني بأن قال أبرأت ذمتك بشرط أن لي الخيار في رد الإبراء وتصحيحه في أي وقت شئت، أو قال إن دخلت الدار فقد أبرأتك أو قال لمديونه أو كفيله إذا أديت إلي كذا أو متى أديت أو إن أديت إلي خمسمائة فأنت بريء عن الباقي فهو باطل ولا إبراء اهـ وذكر في البحر صحة الإبراء عن الكفالة إذا علقه بشرط ملائم كإن وافيت به غدا فأنت بريء فوافاه به

برئ من المال، وهو قول البعض. وفي الفتح أنه الأوجه لأنه إسقاط لا تمليك بحر وسيأتي تمام الكلام عليه في بابها (قوله لأنه تمليك من وجه) حتى يرتد بالرد وإن كان فيه معنى الإسقاط فيكون معتبرا." (١)

"(فلم يواف به مع قدرته عليه) فلو عجز لحبس أو مرض لم يلزمه المال إلا إذا عجز بموت المطلوب أو جنونه كما أفاده بقوله (أو مات المطلوب) في الصورة المذكورة (ضمن المال

ــــــــــ عليه مال فلزم الطالب الكفيل وأخذ منه كفيلا بنفسه على أنه إن لم يواف به فالمال الذي على المكفول به الأول عليه جاز، وليس هذا كالذي عليه مال ولم يكفل به أحد، كذا في كافي الحاكم.

(قوله: مع قدرته عليه) صرح بهذا القيد الزيلعي والشمني في شرح النقاية، وكذا في البحر: وقال المصنف في المنح إنه قيد لازم؛ لأنه إذا عجز لا يلزمه إلا إذا عجز بموت المطلوب أو جنونه اهـ.

(وقوله: فلو عجز لحبس أو مرض) أي مثلا فيدخل فيه ما إذا غاب المكفول به ولم يعلم مكانه، فقد مر التصريح بأن ذلك عجز، وقد علمت أن شرط ضمان المال عدم الموافاة مع القدرة وحيث صرحوا بأن الغيبة المذكورة عجز عن الموافاة لم يتحقق القدرة ولم يستثنوا من العجز إلا العجز بموت المطلوب أو جنونه، فدخلت الغيبة المذكورة في العجز.

وأما ما قدمناه عن الخلاصة والبزازية من أن الغيبة المذكورة كالموت فقدمنا أن المراد أنها مثله في سقوط المطالبة في الحال لا من كل وجه على أن ذلك مذكور في كفالة النفس، والموت هناك مبطل للكفالة بالنفس ومسقط للمطالبة بالكلية وليس هناك كفالة بالمال، وهنا المراد ثبوت كفالة المال المعلقة على عدم الموافاة مع القدرة، والموت هنا محقق لكفالة المال ومثبت للضمان، فإذا جعلت الغيبة المذكورة كالموت بالمعنى المراد فيما مر وهو سقوط المطالبة بالنفس للعجز عن تسليمه لا يلزم منه ثبوت ضمان المال المعلق على عدم الموافاة مع القدرة بل يلزم عدم ثبوته لتحقق العجز وإن جعلت كالموت بالمعنى المراد هنا وهو ثبوت الضمان نافى قولهم مع القدرة وقد علمت أن الغيبة المذكورة عجز مناف للضمان، وأنهم لم يستثنوا من العجز إلا الموت والجنون، على أن جعلها كالموت في ثبوت الضمان خلاف ما أراده في البزازية والخلاصة؛ لأنهما إنما ذكرا ذلك في كفالة النفس المجردة عن كفالة المال، وقد صرح أصحاب المتون وغيرهم بأن الغيبة المذكورة مسقطة للمطالبة بالتسليم، وذلك مناف لثبوت الضمان أي ضمان النفس، فلا يصح الاستدلال بتلك العبارة على كون الغيبة المذكورة مسقطة للمطالبة بالمال في مسألتنا، وإنما تسقط المطالبة بالنفس فقط.

وأما المطالبة بالمال فهي حكم الكفالة الأخرى المعلقة على عدم الموافاة مع القدرة، فإذا وجد ما علقت عليه ثبتت وإلا فلا، ومع الغيبة المذكورة لم توجد القدرة فلا تثبت المطالبة بالمال كما لا يخفى.

مطلب حادثة الفتوى فإذا علمت ذلك ظهر لك **جواب** حادثة الفتوى قريبا من كتابتي لهذا المحل، وهي: رجلان عليهما ديون فكفلهما زيد كفالة مال وكفلهما عند زيد أربعة رجال على أنهم إن لم يوافوه بالمطلوبين عند حلول الأجل فالمال المذكور عليهم، ثم حل الأجل وأدى زيد إلى أصحاب الديون وطالب الأربعة بالمطلوبين فأحضروا له أحدهما وعجزوا عن إحضار الآخر لكونه سافر إلى بلاد الحرب ولا يدرى مكانه. فأجبت: بأنه لا يلزمهم المال للعجز عن الموافاة بالغيبة المذكورة

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٢٤٤/٥

فعارضني الحاكم الشرعي بعبارة البزازية المارة فأجبته بما حررته، والله سبحانه أعلم.

(قوله: كما أفاده بقوله إلخ) أي أفاد بعضه؛ لأنه لم يذكر الجنون، لكن يفهم حكمه من الموت؛ لأن المستحق عليه تسليم يكون ذريعة إلى الخصام ولا يتحقق ذلك مع الجنون كالموت.

(قوله: أو مات المطلوب) يعني بعد الغد كذا في الفتح، وبهذا يزول **إشكال** المسألة، وهو أن شرط الضمان عدم الموافاة مع القدرة، ولا شك أنه لا قدرة على الموافاة بالمطلوب بعد موته، فإذا قيد الموت بما بعد الغد يكون قد وجد شرط الضمان قبله؛ لأن فرض المسألة عدم الموافاة به غدا كما نبه عليه الشارح بقوله في الصورة المذكورة: أي المقيدة بالغد، لكن مفاده أنه لو لم يقيد بالغد." (١)

"على هامشها فليحفظ (والقسمة) أي النصيب من النائبة، وقيل هي النائبة الموظفة، وقيل غير ذلك، وأيا ما كان فالكفالة بها صحيحة صدر الشريعة.

(قال) رجل (لآخر اسلك هذا الطريق فإنه أمن فسلك وأخذ ماله لم يضمن، ولو قال إن كان مخوفا وأخذ مالك فأنا ضامن) والمسألة بحالها (ضمن) هذا وارد على ما قدمه بقوله ولا تصح بجهالة المكفول عنه كما في الشرنبلالية، والأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار إذا حصل الغرور

ــــــــQففيه اختلاف التصحيح كما ذكرناه آنفا.

(قوله: على هامشها) أي هامش البزازية. وفي القاموس: الهامش حاشية الكتاب مولد.

[تتمة] من أصحابنا من قال الأفضل أن يساوي أهل محلته في إعطاء النائبة قال القاضي: هذا كان في زمانهم؛ لأنه إعانة على الحاجة والجهاد، أما في زماننا فأكثر النوائب تؤخذ ظلما، ومن تمكن.

من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له نهر، وتمامه في الفتح.

ونقل في القنية أن الأولى الامتناع إن لم يحمل حصته على الباقين وإلا فالأولى عدمه.

ثم قال: وفيه **إشكال**؛ لأن الإعطاء إعانة للظالم على ظلمه.

(قوله: أي النصيب من النائبة) أي حصة الشخص منها إذا قسمها الإمام فتح.

(قوله: وقيل هي النائبة الموظفة) والمراد بالنوائب ما هو منها غير راتب فتغايرا فتح.

(قوله: وقيل غير ذلك) قال في النهر: وقيل هو أن يقسم ثم يمنع أحد الشريكين قسم صاحبه.

وقال الهندواني: هي أن يمتنع أحد الشريكين من القسمة فيضمنه إنسان ليقوم مقامه فيها.

(قوله: فإنه أمن) بقصر الهمزة على تقدير مضاف: أي ذو أمن أو بمدها على صورة اسم الفاعل بمعنى المفعول كساحل بمعنى مسحول أو بمعنى: آمن سالكه مثل نهاره صائم، وعلى الوجهين عيشة راضية.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٥/٢٩٥

(قوله: لم يضمن) مثله كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله فمات لا ضمان عليه، وكذا لو أخبره رجل أنها حرة فتزوجها ثم ظهرت مملوكة فلا رجوع بقيمة الولد على المخبر أشباه ط.

(قوله: والمسألة بحالها) أي فسلكه وأخذ ماله ط.

(قوله: ضمن) أما لو قال له إن أكل ابنك سبع أو أتلف مالك سبع فأنا ضامن لا يصح هندية، لما تقدم من أن السبع لا يكفل وإن فعله جبار ط.

(قوله: هذا وارد إلخ) أقول: صحة الضمان لا من حيث صحة الكفالة حتى يرد ما ذكر بل من حيث إنه غره؛ لأن الغرور يوجب الرجوع إذا كان بالشرط أبو السعود ط ولذا أعقبه الشارح بذكر الأصل لكن يأتي أن ضمان الغرر في الحقيقة هو ضمان الكفالة.

ثم اعلم أن المصنف تابع في ذكر هذه المسألة صاحب الدرر عن العمادية، وعزاها البيري إلى الذخيرة بزيادة أن المكفول عنه مجهول ومع هذا جوزوا الضمان اهـ لكن قال في الثالث والثلاثين من جامع الفصولين برمز المحيط: ما ذكر من الجواب مخالف لقول القدوري من قال لغيره من غصبك من الناس أو من بايعت من الناس فأنا ضامن لذلك فهو باطل اهـ.

وأجاب في نور العين بأن عدم الضمان في مسألة القدوري لعدم التغرير فظهر الفرق.

قلت: لكن في البزازية وذكر القاضي بايع فلانا على أن ما أصابك من خسران فعلي، أو قال لرجل إن هلك عينك هذا فأنا ضامن لم يصح اهـ، إلا أن يجاب بأن قوله بايع فلانا لا تغرير فيه لعدم العلم بحصول الخسران في المبايعة معه؛ ولأن الخسران يحصل بسبب جهل المأمور بأمر البيع والشراء، بخلاف قوله اسلك هذا الطريق والحال أنه مخوف فإن الطريق المخوف يؤخذ فيه المال غالبا ولا صنع فيه للمأمور، فقد تحقق فيه التغرير فإذا ضمنه الآمر نصا رجع عليه، ولعلهم أجازوا الضمان فيه مع جهل المكفول عنه زجرا عن هذا الفعل كما في تضمين الساعي، والله." [(١)]

"(لا) يحبس (في غيره) أي غير ما ذكر وهو تسع صور: بدل خلع ومغصوب ومتلف ودم عمد وعتق حظ شريك وأرش جناية ونفقة قريب وزوجة

ـــــــQدم العمد كذلك؛ لأنه بعقد وحينئذ فاعتراض الطرسوسي على صاحب الاختيار بما حكاه أهل القول الأول ساقط، فإن صاحب الاختيار لم يقل بقولهم، حتى يعترض عليه بذلك بل قال بالقول الثاني كبقية أصحاب المتون، غير أنه زاد على المتون التصريح بالخلع لدخوله تحت العقد وتبعه في الدرر، كيف وصاحب الاختيار إمام كبير من مشايخ المذهب، ومن أصحاب المتون المعتبرة وأما الطرسوسي، فلقد صدق فيه قول المحقق ابن الهمام إنه لم يكن من أهل الفقه فافهم واغنم تحقيق هذا الجواب، فإنك لا تجده في غير هذا الكتاب، والحمد لله ملهم الصواب ثم بعد مدة رأيت في مختصر أنفع الوسائل للزهيري ردا على الطرسوسي بنحو ما قلنا ولله الحمد.

(قوله: لا يحبس في غيره) أي إن ادعى الفقر كما يأتي.

(قوله: بدل خلع) الصواب إسقاطه كما علمت من أنه من القسم الأول.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٥/٣٣٢

(قوله: ومغصوب) بالجر عطفا على خلع، وكذا ما بعده أي وبدل مغصوب: أي إذا ثبت استهلاكه للمغصوب، ولزمه بدله من القيمة أو المثل وادعى الفقر لا يحبس؛ لأنه وإن كان مال دخل في يده، لكنه باستهلاكه لم يبق في يده حتى يدل على قدرته على الإيفاء بخلاف ثمن المبيع، فإن المبيع دخل في يده، والأصل بقاؤه كما مر فلذا يحبس فيه وبخلاف العين المغصوبة القادر على تسليمها، فإنه يحبس أيضا على تسليمها كما قدمه آنفا عن تهذيب القلانسي، فلا منافاة بينه وبين ما هنا قال في أنفع الوسائل وقولهم: أو ضمان المغصوب معناه: إذا اعترف بالغصب وقال: إنه فقير وتصادقا على الهلاك أو حبس لأجل العلم بالهلاك، فإن القول للغاصب في العسرة هكذا ذكره السغناقي وتاج الشريعة وحميد الدين الضرير اهـ.

(قوله: ومتلف) أي وبدل ما أتلفه من أمانة ونحوها.

(قوله: ودم عمد) أي بدل الصلح عن دم عمد قال في أنفع الوسائل معناه: أنه لو قتل مورثه عمدا فصالحه على مال فادعى أنه فقير يكون القول قول القاتل في ذلك؛ لأنه ليس بدلا عن مال، وما صرح بهذه أحد سوى الطحاوي في اختلاف الفقهاء وهو صحيح موافق للقواعد، وداخل تحت قولهم عما ليس بمال اهـ. قال في البحر: ويشكل جعلهم القول فيه للمديون مع أنه التزمه بعقد اهـ. أقول: لا **إشكال** فيه؛ لأن ذلك مبني على القول بعدم اعتبار العقد، وأن المعتبر هو كون الدين بدلا عن مال وقع في يد المديون كما علمته مما نقلناه سابقا من عبارة الطحاوي، وهذا القول وهو الذي مر عن الخانية، وأما على القول الذي مشى عليه القدوري وصاحب الاختيار وغيرهما من أصحاب المتون من أن المعتبر ما كان بدلا عن مال أو ملتزما بعقد، وإن لم يكن بدلا عن مال، فلا شك في دخول هذه الصورة في العقد، فتكون على هذا القول من القسم الأول الذي يكون القول فيه للمدعي؛ لأنها كالمهر وإنما يشكل الأمر لو صرح أحد من أهل هذا القول بأن بدل دم العمد يكون القول فيه للمديون مع أنه لم يصرح بذلك أحد إلا الطحاوي القائل بالقول الأول، فعلمنا أنه مبني على أصله من أنه لا يعتبر العقد أصلا فمعارضة أهل القول الثاني بهذا القول غير واردة **والإشكال** ساقط كما قررنا نظيره في مسألة الخلع وبهذا ظهر أن الصواب إسقاط هذه الصورة أيضا وذكرها في القسم الأول.

(قوله: وعتق حظ شريك) أي لو أعتق أحد شريكي عبد حصته منه بلا إذن الآخر واختار الآخر تضمينه فادعى المعتق الفقر فالقول له؛ لأن تضمينه لم يجب بدلا عن مال وقع في يده، ولا ملتزما بعقد حتى يكون دليل قدرته بل هو في الحقيقة ضمان إتلاف.

(قوله: وأرش جناية) هذا وما بعده مرفوع عطفا على: بدل لا على خلع المجرور؛ لأن الأرش هو بدل الجناية والمراد أرش جناية موجبها المال دون القصاص.

(قوله: ونفقة قريب وزوجة) أي نفقة مدة ماضية مقضي بها أو متراضى عليها، لكن نفقة القريب تسقط بالمضي إلا إذا كانت مستدانة بالأمر وسيذكر المصنف." (١)

"ومعه رجل) آخر (وبطل) الشراء (في حصة شريكه) بخلاف ما لو شرى الأب ولده مع رجل آخر فإنه يصح فيهما بيوع.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣٨٣/٥

الخانية من بحث الاستحقاق.
والفرق انعقاد البيع في الثاني لا الأول؛ لأن الشرع جعله إعتاقا ولذا بطل في حصة شريكه للزوم الجمع بين الحقيقة والمجاز.

(قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان ففعل) أي باعه على هذا الوجه (فهو للآمر) فلو وجد به عيبا، إن علم به العبد فلا رد؛ لأن علم الوكيل كعلم الموكل، وإن لم يعلم فالرد للعبد اختيار (وإن لم يقل لفلان: عتق) ؛ لأنه أتى بتصرف آخر فنفذ عليه وعليه الثمن فيهما لزوال حجره بعقد باشره مقترنا بإذن المولى درر.
[فرع] الوكيل إذا خالف، إن خلافا إلى خير في الجنس كبع بألف درهم فباعه بألف ومائة نفذ، ولو بمائة دينار لا، ولو خيرا خلاصة ودرر.

فصل لا يعقد وكيل البيع والشراء والإجارة والصرف والسلم ونحوها (مع من ترد شهادته له) للتهمة وجوزاه بمثل القيمة (إلا من عبده ومكاتبه إلا إذا أطلق له الموكل) كبع ممن شئت (فيجوز بيعه لهم بمثل القيمة) اتفاقا (كما يجوز عقده معهم بأكثر من القيمة) اتفاقا: أي بيعه لا شراؤه بأكثر منها اتفاقا، كما لو باع بأقل منها بغبن فاحش لا يجوز اتفاقا، وكذا بيسير عنده خلافا لهما ابن ملك وغيره.
وفي السراج: لو صرح بهم جاز إجماعا إلا من نفسه وطفله وعبده غير المديون.
ـــــــQلأفسده الأجل المجهول (قوله ومعه رجل) أي تشارك الرجل والعبد في شراء نفس العبد، أي: صفقة واحدة بحر (قوله انعقاد البيع في الثاني) أي في شراء الأب؛ لأن صيغة الشراء استعملت في معناها الحقيقي لا الأول؛ لأن ما وقع من العبد لم يكن صيغة تفيد الشراء س (قوله الحقيقة) وهو ثبوت الملك للمشتري (قوله والمجاز) وهو الإعتاق

(قوله لزوال حجره) **جواب** عما يقال العبد المحجور إذا توكل لا ترجع الحقوق إليه، وعزا في الهامش **الإشكال** إلى الدرر (قوله الوكيل إذا خالف) قال في الهامش: وكله أن يبيع عبده بألف وقيمته كذلك ثم زادت قيمته إلى ألفين لا يملك بيعه بألف بزازية اهـ.

[فصل لا يعقد وكيل البيع والشراء]
(قوله والإجارة إلخ) أما الحوالة والإقالة والحط والإبراء والتجوز بدون حقه يجوز عندهما ويضمن وعند أبي يوسف لا يجوز الوكيل بالبيع يملك الإقالة، حتى لو باع ثم أقال لزمه الثمن للموكل والوكيل بالشراء لا يملكها بخلاف الوكيل بالبيع، والوكيل بالسلم والوصي والأب والمتولي كالوكيل ولو قال الموكل للوكيل: ما صنعت من شيء فهو جائز يملك الحوالة بالإجماع والإقالة على خلاف ما مر، وكذا لو أبرأ المشتري عن الثمن صح عندهما لكن يضمن، وهذا إذا لم يقبض الثمن، أما إذا قبض فلا يملك الحط والإقالة اهـ كذا في الهامش (قوله إلا من عبده ومكاتبه) وكذا مفاوضه وابنه الصغير فالمستثنى من قولهما أربع بحر، وقيد العبد في المبسوط بغير المديون، وفيه إشارة إلى أنه لو كان مديونا يجوز بحر (قوله كما يجوز عقده) أي عند عدم

الإطلاق (قوله إلا من نفسه) وفي السراج: لو أمره بالبيع من هؤلاء فإنه يجوز إجماعا إلا أن يبيعه من نفسه أو ولده الصغير أو عبده ولا دين عليه فلا يجوز قطعا وإن صرح به الموكل اهـ منح.

الوكيل بالبيع لا يملك شراءه لنفسه؛ لأن الواحد لا يكون." (١)

"أو لذي اليد بزازية.

قلت: وعلى ما مر عن الثاني ينبغي اعتبار تاريخ أحدهما، ولم أر من نبه على هذا فتأمل (وإن أقرت لمن لا حجة له فهي له، وإن برهن الآخر قضي له ولو برهن أحدهما وقضي له ثم برهن الآخر لم يقض له إلا إذا ثبت سبقه) لأن البرهان مع التاريخ أقوى منه بدونه (كما لم يقض ببرهان خارج على ذي يد ظهر نكاحه إلا إذا ثبت سبقه) أي أن نكاحه أسبق

(وإن) ذكرا سبب الملك بأن (برهنا على شراء شيء من ذي يد، فلكل نصفه بنصف الثمن) إن شاء (أو تركه) إنما خير لتفريق الصفقة عليه (وإن ترك أحدهما بعدما قضي لهما لم يأخذ الآخر كله) لانفساخه بالقضاء فلو قبله فله، (وهو) أي ما ادعيا شراءه (للسابق) تاريخا (إن أرخا) فيرد البائع ما قبضه من الآخر إليه سراج (و) هو (لذي يد إن لم يؤرخا أو أرخ أحدهما) واستوى تاريخهما (و) هو لذي وقت إن وقت أحدهما

ـــــــQفإن لم يوجدا قدم المؤرخ، فالتصديق أو اليد أقوى من التاريخ، وعلم مما مر أن اليد أرجح من التصديق ومن الدخول. فالحاصل كما في البحر أن سبق التاريخ أرجح من الكل ثم اليد ثم الدخول ثم الإقرار ثم تاريخ أحدهما (قوله أو لذي اليد) أي لو أرخ أحدهما وللآخر يد فإنها لذي اليد (قوله: وعلى ما مر عن الثاني) أي من أنه يقضى للمؤرخ حالة الانفراد على ذي اليد فيقضى هنا للمؤرخ، وإن كان الآخر ذا يد لترجح جانب المؤرخ حالة الانفراد عند أبي يوسف، وقدمنا عن الزيلعي أنه لو برهن أنه تزوجها قبله فهو أولى وسيأتي متنا (قوله وإن أقرت لمن لا حجة له فهي له) قال السائحاني كان عليه أن يقول: فإن لم تقم حجة فهي لمن أقرت له ثم إن برهن الآخر قضي له إلخ

(قوله من ذي يد) أما لو ادعيا الشراء من غير ذي اليد فسيأتي متنا في قوله وإن برهن خارجان على ملك مؤرخ إلخ (قوله بنصف الثمن) أي الذي عينه فإن ادعى أحدهما أنه اشتراه بمائة، والآخر بمائتين أخذ الأول نصفه بخمسين، والآخر بمائة (قوله: ما قبضه) أي الثمن (قوله: وهو لذي يد) أي المدعى بالفتح قال في البحر: ولي **إشكال** في عبارة الكتاب هو أن أصل المسألة مفروض في خارجين تنازعا فيما في يد ثالث، فإذا كان مع أحدهما قبض كان ذا يد تنازع مع خارج فلم تكن المسألة. ثم رأيت في المعراج ما يزيله من جواز أنه أثبت بالبينة قبضه فيما مضى من الزمان وهو الآن في يد البائع اهـ إلا أنه يشكل ما ذكره بعده عن الذخيرة بأن ثبوت اليد لأحدهما بالمعاينة اهـ والحق أنها مسألة أخرى وكان ينبغي إفرادها.

وحاصلها أن خارجا وذا يد ادعى كل الشراء من الثلث وبرهنا قدم ذو اليد في الوجوه الثلاثة والخارج في وجه واحد اهـ وقد أشار المصنف إلى ذلك حيث ذكر قوله: ولذي وقت ولكن كان عليه أن يقدمه على قوله ولذي يد لأنه من تتمة المسألة

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٥/٥٢١

الأولى، ويكون قوله: (ولذي) استئناف مسألة أخرى.

[فرع]

سئل في شاب أمرد كره خدمة من هو في خدمته لمعنى هو أعلم بشأنه وحقيقته فخرج من عنده فاتهمه أنه عمد إلى بيته وكسره في حال غيبته وأخذ منه كذا لمبلغ سماه وقامت أمارة عليه بأن غرضه منه استبقاؤه واستقراره في يده على ما يتواخاه هل يسمع القاضي، والحالة هذه عليه دعواه ويقبل شهادة من هو متقيد بخدمته وأكله وشربه من طعامه ومرقته والحال أنه معروف بحب الغلمان **الجواب** ولكم فسيح الجنان؟ **الجواب**: قد سبق لشيخ الإسلام أبي السعود العمادي – رحمه الله تعالى – في مثل ذلك فتوى بأنه يحرم على القاضي سماع مثل هذه الدعوى معللا بأن مثل هذه الحيلة معهود فيما بين الفجرة، واختلافاتهم فيما بين الناس مشتهرة ومن لفظه – رحمه الله تعالى –." (١)

"بين نفسه وعبده فيصح وكذا تضر جهالة المقر له إن فحشت كلواحد من الناس علي كذا وإلا لا كالأحد هذين علي كذا فيصح ولا يجبر على البيان لجهالة المدعي بحر ونقله في الدرر لكن باختصار محل كما بينه عزمي زاده (ولزمه بيان ما جهل) كشيء وحق (بذي قيمة) كفلس وجوزة لا بما لا قيمة له كحبة حنطة وجلد ميتة وصبي حر لأنه رجوع فلا يصح

(والقول للمقر مع حلفه) لأنه المنكر (إن ادعى المقر له أكثر منه) ولا بينة (ولا يصدق في أقل من درهم في علي مال ومن النصاب) أي نصاب الزكاة في الأصح اختيار وقيل: إن كان المقر فقيرا فنصاب السرقة وصحح

ـــــــQكذا في الهامش (قوله بين نفسه وعبده) قال المقدسي هذا في حكم المعلوم لأن ما على عبده يرجع إليه في المعنى لكن إنما يظهر هذا فيما يلزمه في الحال أما ما يلزمه بعد الحرية فهو كالأجنبي فيه فإذا جمعه مع نفسه كان كقوله لك علي أو على زيد فهو مجهول لا يصح، ذكره الحموي على الأشباه فتال (قوله: علي كذا) بتشديد الياء (قوله: ولا يجبر على البيان) زاد الزيلعي ويؤمر بالتذكر لأن المقر قد نسي صاحب الحق، وزاد في غاية البيان أنه يحلف لكل واحد منهما إذا ادعى، وفي التتارخانية، ولم يذكر أنه يستحلف لكل واحد منهما يمينا على حدة، بعضهم قالوا: نعم. ويبدأ القاضي بيمين أيهما شاء أو يقرع: وإذا حلف لكل لا يخلو من ثلاثة أوجه إن حلف لأحدهما فقط يقضى بالعبد للآخر فقط، وإن نكل لهما يقضى به وبقيمة الولد بينهما نصفين، سواء نكل لهما جملة بأن حلفه القاضي لهما يمينا واحدة أو على التعاقب بأن حلفه لكل على حدة، وإن حلف فقد برئ عن دعوة كل فإن أرادا أن يصطلحا وأخذ العبد منه لهما ذلك في قول أبي يوسف الأول، وهو قول محمد كما قبل الحلف ثم رجع أبو يوسف وقال: لا يجوز اصطلاحهما بعد الحلف قالوا: ولا رواية عن أبي حنيفة اهـ.

[فرع]

لم يذكر الإقرار العام وذكره في المنح وصح الإقرار بالعام كما في يدي من قليل أو كثير أو عبد أو متاع أو جميع ما يعرف بي أو جميع ما ينسب إلي لفلان، وإذا اختلفا في عين أنها كانت موجودة وقت الإقرار أو لا فالقول قول المقر إلا أن يقيم

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٥/٥٧٢

المقر له البينة أنها كانت موجودة في يده وقته.

واعلم أن القبول ليس من شرط صحة الإقرار لكنه يرتد برد المقر له صرح به في الخلاصة، وكثير من الكتب المعتبرة، واستشكل المصنف بناء على هذا قول العمادي وقاضي خان: الإقرار للغائب يتوقف على التصديق ثم أجاب عنه. وبحث في **الجواب** الرملي.

ثم أجاب عن **الإشكال** بما حاصله: أن اللزوم غير الصحة ولا مانع من توقف العمل مع صحته كبيع الفضولي فالمتوقف لزومه لا صحته فالإقرار للغائب لا يلزمه حتى صح إقراره لغيره كما لا يلزم من جانب المقر له حتى صح رده وأما الإقرار للحاضر فيلزم من جانب المقر حتى لا يصح إقراره لغيره به قبل رده، ولا يلزم من جانب المقر له فيصح رده وأما الصحة فلا شبهة فيها في الجانبين بدون القبول (قوله عزمي زاده) وحاصله: أن ما ذكره صاحب الدرر من الجبر إنما هو فيما إذا جهل المقر به لا المقر له لقول الكافي لأنه إقرار للمجهول وهو لا يفيد وفائدة الجبر على البيان إنما تكون لصاحب الحق، وهو مجهول (قوله: كشيء وحق) ولو قال: أردت حق الإسلام لا يصح إن قاله مفصولا، وإن موصولا يصح تتارخانية وكفاية

(قوله في علي مال) بتشديد الياء (قوله ومن النصاب) معطوف على قوله من درهم وكذا المعطوفات بعده (قوله: وقيل: إن المقر إلخ) قال الزيلعي: والأصح أن قوله يبنى على حال المقر في الفقر والغنى، فإن القليل عند الفقير عظيم، وأضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيم، وهو في الشرح متعارض فإن المائتين في الزكاة عظيم، وفي السرقة والمهر العشرة عظيمة فيرجع إلى حاله، ذكره في النهاية وحواشي الهداية معزيا إلى المبسوط شرنبلالية وذكر في الهامش عن الزيلعي. وينبغي على قياس ما روي." (١)

"(مجهولة النسب أقرت بالرق لإنسان) وصدقها المقر له (ولها زوج وأولاد منه) أي الزوج (وكذبها) زوجها (صح في حقها خاصة) فولد علق بعد الإقرار رقيق خلافا لمحمد (لا) في (حقه) يرد عليه انتقاض طلاقها كما حققه في الشرنبلالية (وحق الأولاد) وفرع على حقه بقوله (فلا يبطل النكاح) وعلى حق الأولاد بقوله (وأولاد حصلت قبل الإقرار وما في بطنها وقته أحرار) لحصولهم قبل إقرارها بالرق. .

(مجهول النسب حرر عبده ثم أقر بالرق لإنسان وصدقه) المقر له (صح) إقراره (في حقه) فقط (دون إبطال العتق، فإن مات العتيق يرثه وارثه إن كان) له وارث يستغرق التركة (وإلا فيرث) الكل أو الباقي كافي وشرنبلالية (المقر له فإن مات المقر ثم العتيق فإرثه لعصبة المقر) ولو جنى هذا العتيق سعى في جنايته لأنه لا عاقلة له ولو جنى عليه يجب أرش العبد وهو كالمملوك في الشهادة لأن حريته بالظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق. .

(قال) رجل لآخر (لي عليك ألف فقال) في **جوابه** (الصدق أو الحق أو اليقين أو نكر) كقوله حقا ونحوه (أو كرر لفظ

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٥/٥٩١

الحق أو الصدق) كقوله الحق الحق أو حقا حقا

ـــــــQإذ العلة خاصة، والمدعى عام لأنه لا يظهر فيما إذا كان الإقرار لأجنبي. وقوله: ليتوصل إلخ لا يظهر أيضا إذ الحبس عند القاضي لا عند الأب فإذا المعول عليه قول الإمام وأيضا لم يستند في هذا التصحيح لأحد من أئمة الترجيح ط لكن قوله: إذ الحبس عند القاضي مخالف لما مر في بابه أن الخيار فيه للمدعي.

(قوله: مجهولة النسب أقرت) ليس على إطلاقه لما في الأشباه مجهول النسب إذا أقر بالرق لإنسان وصدقه المقر له صح وصار عبده إذا كان قبل تأكد الحرية بالقضاء أما بعد قضاء القاضي عليه بحد كامل أو بالقصاص في الأطراف لا يصح إقراره بالرق بعد ذلك اهـ سائحاني (قوله: فولد) التفريع غير ظاهر ومحله فيما بعد، والظاهر أن يقال: فتكون رقيقة له كما أفاده في العزمية (قوله كما حققه في الشرنبلالية) حيث قال لأنه نقل في المحيط عن المبسوط أن طلاقها ثنتان، وعدتها حيضتان بالإجماع لأنها صارت أمة، وهذا حكم يخصها ثم نقل عن الزيادات: ولو طلقها الزوج تطليقتين، وهو لا يعلم بإقرارها ملك عليها الرجعة، ولو علم لا يملك، وذكر في الجامع لا يملك علم أو لم يعلم قيل: ما ذكر قياس: وما ذكره في الجامع استحسان وفي الكافي: آلى وأقرت قبل شهرين فهما عدته، وإن أقرت بعد مضي شهرين فأربعة. والأصل أنه متى أمكن تدارك ما خاف فوته بإقرار الغير ولم يتدارك بطل حقه لأن فوات حقه مضاف إلى تقصيره، فإن لم يمكن التدارك لا يصح الإقرار في حقه، فإذا أقرت بعد شهر أمكن الزوج التدارك، وبعد شهرين لا يمكنه وكذا الطلاق والعدة حتى لو طلقها ثنتين ثم أقر يملك الثالثة، ولو أقرت قبل الطلاق تبين بثنتين ولو مضت من عدتها حيضتان ثم أقرت يملك الرجعة ولو مضت حيضة ثم أقرت تبين بحيضتين اهـ.

قلت: وعلى ما في الكافي لا **إشكال** لقوله: إن فوات حقه مضاف إلى تقصيره تأمل.

(قوله حرر عبده) ماض مبني للفاعل وعبده مفعول (قوله فيرث الكل) إن لم يكن له وارث أصلا (قوله: أو الباقي) إن كان له وارث لا يستغرق (قوله وشرنبلالية) عبارة الشرنبلالية عن المحيط، وإن كان للميت بنت كان النصف لها، والنصف للمقر له اهـ وإن جنى هذا العتيق سعى في جنايته؛ لأنه لا عاقلة له، وإن جنى عليه يجب عليه أرش العبد، وهو كالمملوك في الشهادة، لأن حريته في الظاهر، وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق اهـ (قوله: أرش العبد) وعليه فقد صار الإقرار حجة متعدية في حق المجني عليه فينبغي زيادة هذه المسألة على الست المتقدمة آنفا.." (١)

"فصولين (و) ليس منه ما (إذا أقر الدائن أن الدين لفلان وأن اسمه) في كتاب الدين (عارية) حيث (صح) إقراره لكونه إخبارا لا تمليكا فللمقر له قبضه بزازية وتمامه في الأشباه من أحكام الدين وكذا لو قال الدين الذي لي على فلان لفلان بزازية وغيرها.

قلت: وهو مشكل؛ لأنه مع الإضافة إلى نفسه يكون تمليكا، وتمليك الدين ممن ليس عليه باطل، فتأمله.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٦٢١/٥

وفي الأشباه في قاعدة تصرف الإمام معزيا لصلح البزازية اصطلحا أن يكتب اسم أحدهما في الديوان فالعطاء لمن كتب اسمه إلخ

(والصدقة كالهبة) بجامع التبرع، وحينئذ (لا تصح غير مقبوضة ولا في مشاع يقسم، ولا رجوع فيها) ولو على غني؛ لأن المقصود فيها الثواب لا العوض، ولو اختلفا فقال الواهب هبة، والآخر صدقة فالقول للواهب خانية.

[فروع] كتب قصة إلى السلطان يسأله تمليك أرض محدودة فأمر السلطان بالتوقيع فكتب كاتبه جعلتها ملكا له هل يحتاج إلى القبول في المجلس؟ القياس: نعم لكن لما تعذر الوصول إليه أقيم السؤال بالقصة مقام حضوره.

أعطت زوجها مالا بسؤاله ليتوسع فظفر به بعض غرمائه إن كانت وهبته أو أقرضته ليس لها أن تسترد من الغريم، وإن أعطته ليتصرف فيه على ملكها فلها ذلك لا له.

دفع لابنه مالا ليتصرف فيه ففعل وكثر ذلك فمات الأب إن أعطاه هبة فالكل له، وإلا فميراث وتمامه في جواهر الفتاوى.
.
بعث إليه بهدية في إناء هل يباح أكلها فيه إن كان ثريدا ونحوه مما لو حوله إلى إناء آخر ذهبت لذته يباح وإلا فإن كان بينهما انبساط يباح أيضا وإلا فلا.

ـــــــــــــــــــــــــــــ

على أن يكون ما على المشتري للوكيل لا يجوز (قوله: وليس منه) أي من تمليك الدين ممن ليس عليه (قوله: فتأمله) يمكن **الجواب** بأن المراد الدين الذي لي على فلان بحسب الظاهر هو لفلان في نفس الأمر، فلا **إشكال**، فتدبر ح.

أقول: ويمكن أن يكون مبنيا على الخلاف فإنه قال في القنية - راقما لعلي السعدي -: إقرار الأب لولده الصغير بعين من ماله تمليك، إن أضافه إلى نفسه في الإقرار، وإن أطلق فإقرار كما في سدس داري وسدس هذه الدار، ثم رقم لنجم الأئمة البخاري: إقرار في الحالتين لا تمليك اهـ.

قال في إقرار المنح فيفيد أن في المسألة خلافا، ولكن الأصل المذكور هو المشهور وعليه فروع في الخانية وغيرها، وقد يجاب بأن الإضافة في قوله: الدين الذي لي إضافة نسبة لا ملك كما أجاب به الشارح في الإقرار عن قولهم: جميع ما في بيتي لفلان فإنه إقرار وكذا قالوا: من ألفاظ الإقرار جميع ما يعرف بي أو جميع ما ينسب إلي والله تعالى أعلم. وقد مرت المسألة قبيل إقرار المريض وأجبنا عنه بأحسن مما هنا فراجعه.

(قوله غير مقبوضة) فإن قلت: قدم أن الصدقة لفقيرين جائزة فيما يحتمل القسمة بقوله: وصح تصدق عشرة لفقيرين.
قلت: المراد هنا من المشاع أن يهب بعضه لواحد فقط فحينئذ هو مشاع يحتمل القسمة بخلاف الفقيرين فإنه لا شيوع كما تقدم بحر (قوله: ولو على غني) اختاره في الهداية مقتصرا عليه؛ لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب لكثرة عياله بحر، وهذا مخالف لما مر قبيل باب الرجوع من أن الصدقة على الغني هبة ولعلهما قولان، تأمل.

(قوله: فأمر السلطان) هذا إنما يتم في أرض موات أو ملك السلطان أما إذا أقطعه من غير ذلك فللإمام أن يخرجه متى شاء كما سلف ذلك في العشر والخراج ط.

(قوله: أو أقرضته) وسيأتي ما لو تصرف في مالها وادعى أنه بإذنها

(قوله: وإلا فميراث) بأن دفع إليه ليعمل للأب.." (١)

"صغيرا لا يستمسك يضمن بقدر ثقله) كحمله شيئا آخر ولو من ملك صاحبها كولد الناقة لعدم الإذن، وليس المراد أن الرجل يوزن بل أن يسأل أهل الخبرة كم يزيد، ولو ركب على موضع الحمل ضمن الكل لما مر؛ وكذا لو لبس ثيابا كثيرة، ولو ما يلبسه الناس ضمن بقدر ما زاد مجتبى.

(وإذا هلكت بعد بلوغ المقصد وجب جميع الأجر) لركوبه بنفسه (مع التضمين) أي لنصف القيمة لركوب غيره؛ ثم إن ضمن الراكب لا يرجع، وإن ضمن الرديف رجع لو مستأجرا من المستأجر وإلا لا، قيد بكونها عطبت؛ لأنها لو سلمت لزم المسمى فقط وبكونه أردفه،؛ لأنه لو أقعده في السرج صار غاصبا فلا أجر عليه بحر عن الغاية، لكن في السراج عن المشكل ما يخالفه، فليتأمل عند الفتوى.

وكيف في الأشباه وغيرها أن الأجر والضمان لا يجتمعان.

ــــــــQفيكون أشق على الدابة زيلعي. (قوله صغيرا لا يستمسك) محترز قوله من يستمسك، وانظر هل الكبير الذي لا يستمسك كالصغير. (قوله بقدر ثقله) ذكره الزيلعي والأتقاني، وهو مخالف للتعليل السابق تأمل، والعلة أنه لعدم استمساكه اعتبر كالحمل إتقاني، وعليه فالكبير العاجز مثله فليراجع. (قوله كحمله شيئا آخر) أي فإنه يضمن بقدر الزيادة إذا لم يركب على موضع الحمل. (قوله وليس المراد إلخ) **جواب** عما يقال: قدر الزيادة المحمولة لا تعرف إلا بعد وزنها ووزن الرجل، فيخالف ما مر من أن الآدمي غير موزون. (قوله لما مر) أي من كونهما في مكان واحد. (قوله وكذا لو لبس ثيابا كثيرة) أي يضمن الكل لو لبس أكثر مما كان عليه وقت الاستئجار وكان مما لا يلبسه عادة كذا يفهم من المجتبى. (قوله لركوبه بنفسه) أشار به مع ما بعده إلى ما قاله في البحر.

لا يقال: كيف اجتمع الأجر والضمان.

؛ لأنا نقول: إن الضمان لركوب غيره والأجر لركوبه بنفسه وسيأتي إيضاحه (قوله لركوب غيره) أي لو ممن يستمسك وإلا فقد تقدم التصريح بأنه يضمن بقدر ثقله لا النصف فافهم. (قوله إن ضمن الراكب) أراد بالراكب المستأجر. (قوله لا يرجع) أي على الرديف؛ لأنه ملكها بالضمان فصار الرديف راكبا دابته بإذنه فلا رجوع عليه سواء كان الرديف مستأجرا منه أو مستعيرا رحمتي (قوله رجع) أي على الراكب؛ لأنه غره في ضمن عقد المعارضة، بخلاف ما لو كان مستعيرا فلا رجوع له؛ لأنه لم يضمن له السلامة حيث لم يكن بينهما عقد رحمتي. (قوله وإلا لا) أي وإلا يكن الرديف مستأجرا من المردف

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٥/٧٠٩

بل كان مستعيرا (قوله؛ لأنها لو سلمت) أي في جميع الصور ط. (قوله عن الغاية) أي غاية البيان.
ونصها: هذا إذا أردفه حتى صار الأجنبي كالتابع له، فأما إذا أقعده في السرج صار غاصبا ولم يجب عليه شيء من الأجر؛ لأنه رفع يده عن الدابة وأوقعها في يد متعدية فصار ضامنا والأجر لا يجامع الضمان اهـ، وعزاه إلى شرح الكافي للإسبيجابي. (قوله لكن في السراج إلخ) فإنه قال: قوله تأردف رجلا معه خرج مخرج العادة؛ لأن العادة أن المستأجر يكون أصلا ولا يكون رديفا، إذ المستأجر لو جعل نفسه رديفا وغيره أصلا فحكمه كذلك اهـ، أي فيجب عليه أيضا النصف لو تطيق مع لزوم الأجر كما مر عن البدائع، ولولا تطيق فالكل، وحيث جعله في الغاية مقابلا للأول وصرح بأنه لم يجب عليه شيء من الأجر فهو صريح في المخالفة خلافا لمن وهم. (قوله فليتأمل عند الفتوى) إشارة إلى **إشكاله**، فلا ينبغي الإقدام على الإفتاء به قبل ظهور وجهه. (قوله كيف وفي الأشباه إلخ) استبعاد لما في السراج وبيان لوجه التوقف عند الفتوى فإنه مخالف للقاعدة المذكورة. (قوله لا يجتمعان) أي وهنا لما صار غاصبا وضمن ملكه مستندا فإذا ألزمناه الأجر بارتزاقه لزم اجتماعهما لوجوب الأجر فيما ملكه.
والفرق بينه وبين ما لو أردف غيره أنه هنا لما أخرجها من يده صار غاصبا، كما لو استأجرها ليركب بنفسه فأركب غيره." (١)

"ولها الأجر كاملا على الفريقين لشبهها بالأجير الخاص والمشترك، وتمامه في العناية

(لا تصح الإجارة لعسب التيس) وهو نزوه على الإناث (و) لا (لأجل المعاصي مثل الغناء والنوح والملاهي) ولو أخذ بلا شرط يباح (و) لا لأجل الطاعات مثل (الأذان والحج والإمامة وتعليم القرآن والفقه) ويفتى اليوم بصحتها لتعليم القرآن والفقه والإمامة والأذان.
ـــــــQفقد أضرت بأحدهما لنقصان اللبن. (قوله ولها الأجر كاملا على الفريقين) ويطيب لها، ولا ينقص من الأجر الأول إن أرضعت ولدهم في المدة المشروطة ويطرح من الأجر بقدر ما تخلفت تتارخانية. (قوله لشبهها بالأجير الخاص والمشترك) **جواب إشكال**، وهو أن أجير الواحد ليس له أن يؤجر نفسه من آخر، فإن آجر لا يستحق تمام الأجر على المستأجر الأول ويأثم.
قال في الذخيرة: وهذا لا يشكل إذا قال أبو الصغير: استأجرتك لترضعي ولدي هذا سنة بكذا؛ لأنها في هذه الصورة أجيرة مشتركة؛ لأنه أوقع العقد أولا على العمل وإنما يشكل إذا قال: استأجرتك سنة لترضعي إلخ؛ لأنه أوقع العقد على المدة أولا وسيأتي بيانه والوجه أن الأجير الواحد في الرضاع يشبه المشترك من حيث إنه يمكنه إيفاء العمل بتمامه إلى كل واحد منهما كالخياط، وإن كان أجير واحد فتأثم لشبهها بأجير الواحد ولها الأجر كاملا لشبهها بالمشترك اهـ ملخصا

(قوله لا تصح الإجارة لعسب التيس) ؛ لأنه عمل لا يقدر عليه وهو الإحبال.
مطلب في الاستئجار على المعاصي (قوله مثل الغناء) بالكسر والمد الصوت، وأما المقصور فهو اليسار صحاح (قوله والنوح)

---
(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٣٧/٦

البكاء على الميت وتعديد محاسنه (قوله والملاهي) كالمزامير والطبل، وإذا كان الطبل لغير اللهو فلا بأس به كطبل الغزاة والعرس لما في الأجناس: ولا بأس أن يكون ليلة العرس دف يضرب به ليعلن به النكاح.

وفي الولوالجية: وإن كان للغزو أو القافلة يجوز إتقاني ملخصا. (قوله يباح) كذا في المحيط.

وفي المنتقى: امرأة نائحة أو صاحبة طبل أو زمر اكتسبت مالا ردته على أربابه إن علموا وإلا تتصدق به، وإن من غير شرط فهو لها: قال الإمام الأستاذ لا يطيب، والمعروف كالمشروط اهـ. قلت: وهذا مما يتعين الأخذ به في زماننا لعلمهم أنهم لا يذهبون إلا بأجر ألبتة ط.

[مطلب في الاستئجار على الطاعات] ١

(قوله ولا لأجل الطاعات) الأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليها عندنا لقوله – عليه الصلاة والسلام – «اقرءوا القرآن ولا تأكلوا به» وفي آخر ما عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إلى عمرو بن العاص «وإن اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الأذان أجرا» ولأن القربة متى حصلت وقعت على العامل ولهذا تتعين أهليته، فلا يجوز له أخذ الأجرة من غيره كما في الصوم والصلاة هداية. مطلب تحرير مهم في عدم جواز الاستئجار على التلاوة والتهليل ونحوه مما لا ضرورة إليه

(قوله ويفتى اليوم بصحتها لتعليم القرآن إلخ) قال في الهداية: وبعض مشايخنا – رحمهم الله تعالى – استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لظهور التواني في الأمور الدينية، ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى اهـ، وقد اقتصر على استثناء تعليم القرآن أيضا في متن الكنز ومتن مواهب الرحمن وكثير من الكتب، وزاد في مختصر الوقاية ومتن الإصلاح تعليم الفقه، وزاد في متن المجمع الإمامة، ومثله في متن الملتقى ودرر البحار.

وزاد بعضهم الأذان والإقامة والوعظ، وذكر المصنف معظمها، ولكن الذي في أكثر الكتب." (١)

"نصف هذا الطعام بنصفه الآخر لا أجر له أصلا لصيرورته شريكا، وما استشكله الزيلعي أجاب عنه المصنف. قال: وصرحوا بأن دلالة النص لا عموم لها فلا يخصص عنها شيء بالعرف كما زعمه مشايخ بلخ (أو) استأجر (خبازا ليخبز له كذا) كقفيز دقيق (اليوم بدرهم) فسدت عند الإمام لجمعه بين العمل والوقت ولا ترجيح لأحدها

ـــــــQأي من غير أن يشترط أنه من المحمول أو من المطحون فيجب في ذمة المستأجر زيلعي

(قوله نصف هذا الطعام) قيد بالنصف؛ لأنه لو استأجره ليحمل الكل بنصفه لا يكون شريكا فيجب أجر المثل وهي مسألة المتن. (قوله لا أجر له أصلا) أي لا المسمى ولا أجر المثل عناية. (قوله لصيرورته شريكا) قال الزيلعي؛ لأن الأجير ملك النصف في الحال بالتعجيل فصار الطعام مشتركا بينهما فلا يستحق الأجر؛ لأنه لا يعمل شيئا لشريكه إلا ويقع بعضه لنفسه هكذا قالوا. وفيه **إشكالان**: أحدهما أن الإجارة فاسدة والأجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٦/٥٥

كان عينا أو دينا على ما بيناه من قبل، فكيف ملكه هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل. والثاني أنه قال ملكه في الحال، وقوله لا يستحق الأجر ينافي الملك؛ لأنه لا يملكه إذا ملكه إلا بطريق الأجرة، فإذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه اهـ (قوله أجاب عنه المصنف) قلت: وأجاب في الحواشي السعدية بقوله لعل مرادهم: أي بقولهم لا يستحق الأجر نفي الملك؛ لأن وجوده يؤدي إلى عدمه، وما هو كذلك يبطل، فقولهم ملك الأجر في الحال كلام على سبيل الفرض والتقدير، والظاهر أن وضع المسألة فيما إذا سلم إلى الأجير كل الطعام فيكون تقدير الكلام لو وجب الأجر في الصورة المفروضة لملك الأجير الأجرة في الحال بالتعجيل، والثاني باطل إذ يكون حينئذ مشتركا فيفضي إلى عدم وجوب الأجرة، وكل ما أفضى وجوده إلى انتفاء لزومه فهو باطل اهـ.

وحاصل جواب المصنف عن الأول أن الأجرة هنا معجلة كما صرح به الزيلعي في صدر تقريره، وهي تملك بالتعجيل كما تملك باشتراطه. وعن الثاني أنه لما ملكه بالتعجيل وعمل تبين بعد العمل عدم استحقاقه لشيء من الأجرة، كما لو عجلها عند العقد فاستحقها مستحق تبين كونه ليس بمالك لها اهـ.

وفيه نظر، فإن هذا العقد لا يخلو إما أن يكون باطلا أو فاسدا أو صحيحا، أما الباطل فلا أجر فيه أصلا كما مر أول الباب فكيف يملك بالتعجيل، وأما الفاسد فلا يجب الأجر إلا بحقيقة الانتفاع كما مر مرارا فلا يملك بالتعجيل أيضا قبل العمل وبعد العمل يجب أجر المثل. وفرض المسألة هنا أنه لا أجر أصلا.

وأما الصحيح فيملك الأجر فيه بالتعجيل مع الإفراز وهنا حصل في ضمن التسليم، إذ لو أفرزه وسلمه إلى الأجير ثم خلطه وحمل الكل معا جاز كما قدمناه آنفا عن جواهر الفتاوى إلا أن يقال انعقد صحيحا ثم طرأ عليه الفساد عند العمل قبل الإفراز، وحينئذ فقول الزيلعي: إن هذه الإجارة فاسدة، أي مآلا، أما في الحال فهي صحيحة فليتأمل.

مطلب يخص القياس والأثر بالعرف العام دون الخاص (قوله كما زعمه مشايخ بلخ) قال في التبيين: ومشايخ بلخ والنسفي يجيزون حمل الطعام ببعض المحمول." (١)

"استحسانا

(ولا يضمن غاصب عبد ما أكل) الغاصب (من أجره) الذي آجر العبد نفسه به لعدم تقومه عند أبي حنيفة (كما) لا يضمن اتفاقا (لو آجره الغاصب) ؛ لأن الأجر له لا لمالكه (وجاز للعبد قبضها) لو آجر نفسه لا لو آجره المولى إلا بوكالة؛ لأنه العاقد عناية (فلو وجدها مولاه) قائمة (في يده أخذها) لبقاء ملكه كمسروق بعد القطع.

(استأجر عبدا شهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة صح) على الترتيب المذكور، حتى لو عمل في الأول فقط فله أربعة وبعكسه خمسة (اختلفا) الآجر والمستأجر (في إباق العبد أو مرضه أو جري ماء الرحى حكم الحال فيكون القول قول من يشهد له) الحال (مع يمينه كما) يحكم الحال.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٦/٥٨

(لو باع شجرا فيه ثمر واختلفا في بيعه) أي الثمر (معها) أي الشجر (فالقول قول من في يده الثمر) الأصل أن القول لمن يشهد له الظاهر. وفي الخلاصة: انقطع ماء الرحى سقط من الأجر بحسابه ولو عاد عادت، ولو اختلفا في قدر الانقطاع ـــــــQوإن أجاز فأجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى؛ لأنه هو العاقد اهـ. (قوله استحسانا) والقياس له أن يأخذه؛ لأن عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى على ملك المستأجر؛ لأنه بالاستعمال صار غاصبا له زيلعي

(قوله ولا يضمن غاصب عبد إلخ) أي إذا غصب رجل عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجرة من يد العبد فأكلها لا ضمان عليه زيلعي. (قوله لعدم تقومه) ؛ لأنه غير محرز؛ لأن الإحراز إنما يثبت بيد حافظه كيد المالك أو نائبه ويد المالك لم تثبت عليه ويد العبد ليست يد المولى؛ لأن العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونا عليه، ولا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يكون محرزا ما في يده كفاية (قوله عند أبي حنيفة) وقالا: عليه ضمانه؛ لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه من غير تأويل (قوله وجاز للعبد قبضها) أي الأجرة الحاصلة من إيجاره نفسه اتفاقا؛ لأنه نفع محض مأذون فيه كقبول الهدية، وفائدته تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الأجرة بالأداء إليه درر. قال الطوري: وهذه مكررة مع قوله ولا يسترد مستأجر إلخ؛ لأنه أفاد صحة القبض ومنع الأخذ فتأمل. (قوله؛ لأنه العاقد) أي؛ لأن المولى كذا تفيده عبارة العناية فليس علة لقوله وجاز للعبد قبضها لو آجر نفسه وإن كان صالحا لها، وانظر ما لو آجره الغاصب هل يملك العبد القبض ومفاد التعليل أنه لا يجوز قبضه ط. (قوله أخذها) ؛ لأنه وجد عين ماله ابن كمال. (قوله كمسروق بعد القطع) فإنه لم يبق متقوما، حتى لا يضمن بالإتلاف ويبقى الملك فيه حتى يأخذه المالك زيلعي.

(قوله صح على الترتيب) ؛ لأنه إن لم ينصرف الشهر المذكور أولا إلى ما يلي العقد لكان الداخل في العقد شهرا منكرا من شهور عمره وهذا فاسد فلا بد من صرفه إلى ما يلي العقد تحريا لجوازه، وكذلك الإقدام على الإجارة دليل تنجز الحاجة إلى تملك منفعة العبد فوجب صرف الشهر المذكور أولا إلى ما يليه قضاء للحاجة الناجزة. كفاية.

[مبحث اختلاف المؤجر والمستأجر] ١

(قوله في إباق العبد أو مرضه) كأن قال المستأجر في آخر الشهر: أبق أو مرض في المدة وأنكر المولى ذلك أو أنكر إسناده إلى أول المدة فقال: أصابه قبل أن يأتيني بساعة زيلعي. (قوله فيكون القول قول من يشهد له الحال) ؛ لأن وجوده في الحال يدل على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر مرجحا وإن لم يصلح حجة، لكن إن كان يشهد للمؤجر ففيه **إشكال** من حيث إنه يستحق الأجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق، **وجوابه** أنه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد وإنما الظاهر يشهد على بقائه إلى ذلك الوقت زيلعي ملخصا

(قوله فالقول قول من في يده الثمر) هذا إنما يظهر إذا كان الثمر باقيا، فأما إذا كان هالكا أو مستهلكا فلم يتكلم عليه، والظاهر أنه." (١)

"واستشكله الزيلعي.

(ولو اشترى المكاتب أمة شراء ينظر فاسدا فوطئها ثم ردها للفساد) لشرائها (أو) شراها (صحيحا فاستحقت وجب عليه العقر في حالة الكتابة) قبل عتقه لدخوله في كتابته، لأن الإذن بالشراء إذن بالوطء (ولو)

ــــــــQوحاصله أن المغرور خاص بالحر، ولا يمكن قياس الرقيق عليه لأنه لا مساواة بينهما فإنه لا يطالب بالقيمة حالا كالحر فيلزم ضرر المستحق

(قوله واستشكله الزيلعي) حيث قال: وهذا مشكل جدا، فإن دين العبد إذا لزمه بسبب أذن فيه المولى يظهر في حق المولى ويطالب به للحال؛ والموضوع هنا مفروض فيما إذا كان بإذن المولى وإنما يستقيم هذا إذا كان التزوج بغير إذن المولى لأنه لا يظهر الدين فيه في حق المولى فلا يلزمه المهر ولا قيمة الولد في الحال، وتشهد المسألة التي تلي هذه المسألة بهذا المعنى. وهو في الحقيقة استشكال لقوله في الاستدلال بتأخر المطالبة إلى ما بعد العتق مع إذن المولى بالنكاح لا لتخصيصهما المغرور بالحر كما يوهمه كلام الشارح. وأجاب بعضهم بأن إذن المولى هنا ليس سببا لحرية الولد أو رقبته وإنما سببها حرية الأم أو شرط كون الولد حرا في الزوج الحر فلم يظهر في حقه فلم يطالب به في الحال. ونقل ط عن الرازي نحوه، وعن الواني أن الإذن بالشيء إنما يكون إذنا بما يتعلق به إذا كان من لوازمه والوطء ليس كذلك اهـ فتأمل. وأجاب الطوري بأن المكاتب والمأذون أعطيناهما حكم الأحرار ولم يتضمن ما أذن فيه المولى النكاح وتوقف صحته على الإذن للحل لا ليضمن ذلك المولى، بخلاف مسألة البيع الآتية لأن الإذن فيها تناول الفاسد فافترقا اهـ. ولا يخفى ضعف الكل فتأمل.

هذا والمصرح به في المعراج والكفاية أنه على قول محمد لو نكح بإذن المولى لزم قيمة الولد والمهر في الحال وإلا فبعد العتق، وقد مر أيضا. فاستشكال الزيلعي على ما ذكر في الاستدلال موافق للمنقول عن محمد، فتأخر المطالبة المذكور في الاستدلال خاص بما إذا كان بلا إذن كما قيده به في الكفاية، وبه يندفع **الإشكال**، نعم يرد عليه أنه ليس فرض المسألة ولذا حذفه بعض الشراح واستغنى بالكلام الأول

(قوله فوطئها) أي بغير إذن المولى هداية، أما بإذنه فبالأولى معراج (قوله لشرائها) الأولى حذفه كما في عبارة الدرر (قوله أو شراها صحيحا) اعترضه في الشرنبلالية بأن الاستحقاق يمنع صحة الشراء اهـ فالأولى الاقتصار على عبارة المتن وإن أجيب عنه بأنه وصفه بالصحة باعتبار الظاهر (قوله لدخوله في كتابته) أي لدخول العقر. قال في الهداية: لأن التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها، أو لدخول الشراء ولو فاسدا لأن الكتابة تنتظمه بنوعيه كالتوكيل كما في الهداية أيضا، أو لدخول المذكور من الشراء مطلقا والعقر وهو أولى ليشمل الصورتين (قوله لأن الإذن بالشراء إذن بالوطء) أخذه

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٧٤/٦

من الدرر حيث قال فيها: قال صدر الشريعة: ولقائل أن يقول إن العقر يثبت بالوطء لا بالشراء والإذن بالشراء ليس إذنا بالوطء والوطء ليس من التجارة في شيء فلا يكون ثابتا في حق المولى.

أقول: **جوابه** أنا سلمنا أن العقر ثبت بالوطء لا بالشراء ابتداء لكن الوطء مستند إلى الشراء إذ لولاه لكان الوطء حراما بلا شبهة فلا يثبت به العقر ويجب الحد فيكون الإذن بالشراء إذنا بالوطء والوطء نفسه وإن لم يكن من التجارة لكن الشراء منها فيكون ثابتا في حق المولى اهـ.

قال في الشرنبلالية: قوله فيكون الإذن بالشراء إذنا بالوطء غير مسلم فكان ينبغي تركه والاقتصار على ما ذكره قبله وبعده يوضحه ما في العناية: الكتابة أوجبت الشراء والشراء أوجب سقوط الحد وسقوط." [(١)]

"اللهم إلا أن يقال: الأصل فيه ذلك لكنه أخر لعتقه لقيام المانع فتأمل.

(وسببه صغر وجنون) يعم القوي والضعيف كما في المعتوه وحكمه كمميز كما سيجيء في المأذون (ورق فلا يصح طلاق صبي ومجنون مغلوب) أي لا يفيق بحال وأما الذي يجن ويفيق فحكمه كمميز نهاية (و) لا (إعتاقهما

ــــــــQوالبيع اهـ. (قوله: اللهم إلا أن يقال) أي في **الجواب** عن **الإشكال** وهذه الصيغة تؤتى في صدر **جواب** فيه ضعف كأنه يطلب من الله تعالى صحته. (قوله: الأصل فيه ذلك) أي الأصل في فعله النفاذ في الحال لما يأتي أن الرق ليس بسبب للحجر في الحقيقة. (قوله: لكنه) أي النفاذ أخر لعتقه أي لوقت عتقه أو إليه لقيام المانع وهو حق المولى.

(قوله: وسببه صغر وجنون) اعلم أن الله تبارك وتعالى جعل بعض البشر ذوي النهى، وجعل منهم أعلام الدين وأئمة الهدى ومصابيح الدجى، وابتلى بعضهم بما شاء من أسباب الردى كالجنون الموجب لعدم العقل والصغر والعته الموجبين لنقصانه، فجعل تصرفهما غير نافذ بالحجر عليهما، ولولا ذلك لكان معاملتهما ضررا عليهما بأن يستجر من يعاملهما مالهما باحتياله الكامل، وجعل من ينظر في مالهما خاصا كالأب وعاما كالقاضي، وأوجب عليه النظر لهما، وجعل الصبا والجنون سببا للحجر عليهما كل ذلك رحمة منه ولطفا، والرق ليس بسبب للحجر في الحقيقة لأنه مكلف محتاج كامل الرأي كالحر غير أنه وما في يده ملك المولى، فلا يجوز له أن يتصرف لأجل حق المولى والإنسان إذا منع عن التصرف في ملك الغير لا يكون محجورا عليه كالحر، لا يقال إنه محجور عليه، مع أنه ممنوع عن التصرف في ملك الغير، ولهذا يؤخذ العبد بإقراره بعد العتق، لزوال المانع وهو حق المولى ولعدم نفوذه في الحال، وتأخره إلى ما بعد الحرية جعله من المحجور عليهم زيلعي. (قوله: يعم القوي والضعيف) أشار إلى أن سبب الحجر هو مطلق الجنون كما في الإيضاح، وأراد بالقوي المطبق وبالضعيف غيره، أو أراد بالقوي القسمين وبالضعيف العته فقوله "كما في المعتوه " الكاف فيه للتنظير على الأول. وللتمثيل على الثاني تأمل. واختلفوا في تفسير المعتوه وأحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون درر. (قوله: وحكمه كمميز) أي حكم المعتوه كالصبي العاقل في تصرفاته وفي رفع التكليف عنه زيلعي. (قوله: فلا يصح طلاق صبي) أي ولو مميزا. (قوله: ومجنون مغلوب إلخ) قد يذكر هذا القيد ويراد به الغلبة على العقل، فيحترز به عن المعتوه كما وقع في الهداية، حيث قال: ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال، وقد يراد به من صار

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ١٠٦/٦

مغلوبا للجنون، بحيث لا يفيق أي لا يزول عنه ما به من الجنون قويا كان أو ضعيفا، فيدخل فيه المعتوه ويحترز به عمن يجن ويفيق فإنه يجوز تصرفه على ما يأتي فمن احترز به عن المعتوه فقد وهم لظنه أن المراد في الكلامين واحد مع أن طلاق المعتوه أيضا لا يصح كذا أفاده ابن الكمال وتبعه الشارح.

(قوله: وأما الذي يجن ويفيق فحكمه كمميز) ومثله في المنح والدرر وغاية البيان وكذا في المعراج حيث فسر المغلوب بالذي لا يعقل أصلا ثم قال: واحترز به عن المجنون الذي يعقل البيع ويقصده فإن تصرفه كتصرف الصبي العاقل على ما يجيء فيتوقف إلى إجازة الولي اهـ وهذا هو المعتوه كما قدمناه وبه صرح في الكفاية، وجعله الزيلعي في حال إفاقته كالعاقل والمتبادر منه أنه كالعاقل البالغ، وبه اعترض الشرنبلالي على الدرر، فلا تتوقف تصرفاته ووفق بينهما الرحمتي والسائحاني بحمل ما هنا على ما إذا لم يكن تام العقل في حال إفاقته. وما ذكره الزيلعي على ما إذا كان تام العقل، ووفق الشلبي في حاشية الزيلعي بحمل ما هنا على ما إذا لم يكن لإفاقته وقت معلوم، وما في شرح الزيلعي على ما إذا كان لها وقت معلوم: أي لأنه في الأول لا يتحقق صحوه. أقول: والذي يحل عقدة **الإشكال** ما قدمناه عن." (١)

"لتحقق المخاصمة ويسقط خيار المشتري لا الغرماء (فللغرماء رد البيع) إن لم يصل ثمنه إليهم؛ لأن قبضهم الثمن دليل الرضا للبيع إلا إذا كان فيه محاباة فإما أن ترفع أو ينقض البيع ابن كمال وقال المصنف: هذا إذا كان الدين حالا وكان البيع بلا طلب الغرماء والثمن لا يفي بدينهم وإلا فالبيع نافذ

ـــــــويمكن أن يكون قوله يعني مقرا تفسيرا لمفعول باع الأول: أي باع مشتريا مقرا أو حالا من المشتري المفهوم من المقام ولو قال لمقر لكان أظهر وفيما ذكره ابن الكمال من الفائدة نظر؛ لأن المسألة رباعية غاب العبد، وقد مر غاب البائع أو غاب المشتري وسيأتي، حضر الكل: وهي التي الكلام فيها ولذا قال ط: هذا مفروض فيما إذا كان العبد حاضرا ليباين قوله سابقا، وإن باعه سيده وغيبه المشتري فلو قال المصنف: وإن كان العبد حاضرا فلهم الفسخ بحضرتهما لكان أخصر وأوضح اهـ وفي هذه إن كان المشتري مقرا بالدين فالأمر ظاهر، وإن كان منكرا فعلى الغرماء إثباته لعدم المانع لوجود الخصم فيها، وإنما الكلام في غيبة البائع، فإن كان المشتري مقرا لهم رد البيع؛ لأنه خصم وإلا فلا، فقوله معلما في مسألة حضرة الكل لا يظهر له فائدة في هذه المسألة أصلا وإنما فائدته ما مر عن الكفاية وغيرها فتدبر هذا ما ظهر لي (قوله لتحقق المخاصمة) تحقق فعل مضارع حذف منه إحدى التاءين والمخاصمة فاعل يعني أن فائدة إقرار المشتري بالدين فيما إذا غاب البائع صحة كونه خصما للغرماء في رد البيع (قوله فللغرماء رد البيع) ؛ لأن حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء أو الاستيفاء من رقبته، وفي كل منهما فائدة فالأول تام مؤخر، والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فكان لهم رده زيلعي (قوله إن لم يصل ثمنه إليهم) قال في الهداية قالوا تأويل المسألة إذا لم يصل إليهم الثمن

فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم قال الزيلعي: وفيه نظر؛ لأنه يشير إلى أنهم لا يكون لهم خيار الفسخ عند وصول الثمن إليهم، إذا لم يكن في البيع محاباة، وإن لم يف الثمن بحقهم

وإن كان في البيع محاباة ثبت لهم خيار الفسخ، وإن وفى الثمن بحقهم وليس كذلك بل لهم خيار الفسخ إذا لم يف الثمن

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٦/١٤٤

بحقهم، وإن لم يكن فيه محاباة لأجل الاستسعاء، وقد ذكره بنفسه قبيله ولا خيار لهم إن وفى الثمن بحقهم وإن كان فيه محاباة لوصول حقهم إليه ولو قال وتأويل المسألة فيما إذا باعه بثمن لا يفي بدينهم استقام وزال الإشكال؛ لأن الثمن إذا لم يف بدينهم لهم نقض البيع كيفما كان، وإذا وفى ليس لهم نقضه كيفما كان وإذا لم يوجد شيء مما ذكرنا من تأجيل الدين وطلبهم البيع، ووفاء الثمن بالدين فالبيع موقوف حتى يجوز بإجازة الغرماء وهي مسألة الكتاب اهـ ونحوه في شروح الهداية (قوله؛ لأن قبضهم إلخ) تعليل لمفهوم قوله إن لم يصل ثمنه إليهم والتقدير: فإن وصل ليس لهم الرد؛ لأن إلخ والأولى أن يقول بالبيع ط.

ثم إن هذا جواب عن صاحب الهداية وأصله لصاحب النهاية حيث قال: اللهم إلا أن يريد بقوله: فإن وصل ولا محاباة في البيع رضاهم بأخذ الثمن وهو رضا بالبيع ثم قال: ولكن احتمال إحضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فكان المعول عليه قول الإمام قاضي خان تأويله إذا با ع بثمن لا يفي بديونهم اهـ.

وحاصله: أن الوصول يحتمل معنى الإحضار والتخلية كما يحتمل معنى القبض فلا يدل على الرضا. أقول: لكن قول صاحب الهداية قبله إن لهم الخيار إذا لم يف الثمن بحقهم قرينة ظاهرة، على أنه أراد بالوصول القبض كي لا يتناقض كلامه وإعمال الكلام أولى من إهماله سيما من مثل هذا الإمام؛ ولذا جزم به ابن الكمال وجعل ما سواه من حشاوي الأوهام (قوله إلا إذا كان فيه محاباة) إذ لهم حينئذ أن يقولوا إنما قبضنا الثمن لاعتقادنا أنه تمام القيمة ابن كمال أي فلا يدل على الرضا ما لم يف الثمن بحقهم (قوله وقال المصنف) أي تبعا للزيلعي وغيره (قوله هذا) أي ثبوت رد البيع للغرماء (قوله وإلا فالبيع نافذ) أي بأن كان الدين مؤجلا،؛ لأنه با ع ملكه قادرا." (١)

"(وإن ماتا) (فالخيار في ذلك لورثة العامل) كما مر (وإن) (لم يمت أحدهما بل انقضت مدتها) أي المساقاة (فالخيار للعامل) إن شاء عمل على ما كان

(وتفسخ بالعذر) (كالمزارعة) كما في الإجارات (ومنه كون العامل عاجزا عن العمل، وكونه سارقا يخاف على ثمره وسعفه منه) دفعا للضرر.

[فروع] ما قبل الإدراك كسقي وتلقيح وحفظ فعلى العامل، وما بعده كجذاذ وحفظ فعليهما، ولو شرط على العامل فسدت اتفاقا ملتقى. والأصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك كسقي فعلى العامل وبعده كحصاد

ـــــــQلأنه يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الإشكال وارد في المزارعة أيضا اهـ. وأجاب في السعدية بأن المعنى أن الرجوع في حصة العامل بجميع النفقة لا بحصته كما فهمه هذا الفاضل اهـ. وهذا الجواب موافق لما قدمناه في المزارعة على التتارخانية، من أنه يرجع بجميع النفقة مقدرا بالحصة، ولقول الهداية هناك يرجع بما ينفقه في حصته ولم يقل بنصفه ولا بحصته، ومعنى كونه مقدرا بالحصة أنه يرجع بما أنفق في حصة العامل إن كان قدرها أو دونها لا بالزائد

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ١٧١/٦

عليها كما نقل عن المقدسي. قال الحموي: نعم يرد هذا: أي **إشكال** الزيلعي على ما في الكافي والغاية والمبسوط من أنه يرجع بنصف ما أنفقه.

هذا، واعلم أن الرجوع بجميع النفقة هو الموافق لما قرره في المزارعة، وتقدم متنا من أنه لو مات رب الأرض والزرع بقل فالعمل على العامل لبقاء العقد، ولو انقضت المدة فعليهما بالحصص وعن هذا صرح في الذخيرة بأن ورثة رب الأرض إذا أنفقوا بأمر القاضي رجعوا بجميع النفقة مقدرا بالحصة، وفي انتهاء المدة يرجع رب الأرض على المزارع بالنصف مقدرا بالحصة. والفرق بقاء العقد في الأول، وكون العمل على العامل فقط، بخلاف الثاني، وتمامه مر في المزارعة، وهذا كله وإن كان في المزارعة لكن المساقاة مثلها كما قدمناه آنفا عن الهداية ويأتي، ولم يفرقوا هنا بينهما إلا من وجه واحد يأتي قريبا. ثم اعلم أن ظاهر التقييد بأمر القاضي أنه لا رجوع بدونه فتنبه (قوله وإن ماتا إلخ) قال في الهداية: فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض على ما وصفنا (قوله بل انقضت مدتها) أي والثمر نيء، فهذا والأول سواء هداية (قوله إن شاء عمل) أي كالمزارعة لكن هنا لا يجب على العامل أجر حصته إلى أن يدرك لأن الشجر لا يجوز استئجاره، بخلاف المزارعة حيث يجب عليه أجر مثل الأرض، وكذا العمل كله على العامل وفي المزارعة عليهما زيلعي، وإن أبى عن العمل خير الآخر بين خيارات ثلاثة كما بينا أتقاني.

[فرع قام العامل على الكرم أياما ثم ترك فلما أدرك الثمر جاء يطلب الحصة] ١

[فرع]

قام العامل على الكرم أياما ثم ترك فلما أدرك الثمر جاء يطلب الحصة إن ترك في وقت صار للثمرة قيمة له الطلب، وإن قبله فلا بزازية

(قوله وتفسخ بالعذر) وهل يحتاج إلى قضاء القاضي؟ فيه روايتان ذكرناهما في المزارعة أتقاني، وهل سفر العامل عذر فيه روايتان. قال في البزازية: والصحيح أنه يوفق بينهما، فهو عذر إذا شرط عليه عمل نفسه، وغير عذر إذا أطلق وكذا التفصيل في مرض العامل اهـ (قوله وسعفه) بالتحريك جمع سعفة: غصن النخل صحاح، ونقله ابن الكمال عن المغرب، وكتب في الهامش أن ما في زكاة العناية من أنه ورق الجريد الذي يتخذ منه المراوح ليس بذاك اهـ، لكن ذكر القهستاني أنه يطلق عليهما (قوله منه) أي من العامل متعلق بقوله يخاف

(قوله ولو شرط على العامل فسدت اتفاقا) عبارة الهداية: ولو شرط الجذاذ على العامل فسدت اتفاقا لأنه لا عرف فيه اهـ، وقدم الشارح آخر المزارعة عن الخلاصة أنه يضمن العنب بترك الحفظ للعرف فتنبه (قوله والأصل إلخ) لم يفد شيئا زائدا على ما قبله، فإن ما قبله أصل لذكره على وجه العموم تأمل.." (١)

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٦/٢٩١

"وفي منظومة النسفي قوله:
إن الجنين مفرد بحكمه ... لم يتذك بذكاة أمه
فحذف المصنف إن وقالا إن تم خلقه أكل لقوله – عليه الصلاة والسلام – «ذكاة الجنين ذكاة أمه» وحمله الإمام على التشبيه أي كذكاة أمه، بدليل أنه روي بالنصب، وليس في ذبح الأم إضاعة الولد لعدم التيقن بموته.

(ولا يحل) (ذو ناب يصيد بنابه) فخرج نحو البعير (أو مخلب يصيد بمخلبه) أي ظفره فخرج نحو الحمامة (من سبع) بيان لذي ناب. والسبع: كل مختطف منتهب جارح قاتل عادة (أو طير) بيان لذي مخلب (ولا) (الحشرات) هي صغار دواب الأرض واحدها حشرة (والحمر الأهلية) بخلاف الوحشية فإنها ولبنها حلال (والبغل) الذي أمه حمارة، فلو أمه بقرة أكل اتفاقا ولو فرسا فكأمه
ـــــــــــQالمشايخ. وقال البعض الآخر: لا يحل أكله إلا إذا قطع العروق أفاده ط
(قوله وفي منظومة النسفي) خبر مقدم ولفظة قوله مبتدأ مؤخر: أي قول النسفي وما بعده مقول القول، وقوله فحذف المصنف إن أي وأتى بدلها بالواو. وقال في المنح: ففيه بعض تغيير، وهذا يفيد أن قوله والجنين إلخ من المتن كما هو الموجود في المنح، وهو خلاف ما رأيته في عدة نسخ من هذا الشرح فإنه مكتوب بالأسود. ومعنى البيت أن الجنين وهو الولد في البطن إن ذكي على حدة حل وإلا لا، ولا يتبع أمه في تذكيتها لو خرج ميتا فالشطر الثاني مفسر للأول (قوله بدليل أنه روي بالنصب) وعليه فلا **إشكال** أنه تشبيه، وإن كان مرفوعا فكذلك لأنه أقوى في التشبيه من الأول كما عرف في علم البيان، قيل ومما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين كما في قوله:
وعيناك عيناها وجيدك جيدها ... سوى أن عظم الساق منك دقيق
عناية (قوله وليس في ذبح الأم إلخ) **جواب** عما يقال إنه لو لم يحل بذبح أمه لما حل ذبحها حاملا لإتلاف الحيوان وتقرير **الجواب** ظاهر، لكن في الكفاية إن تقاربت الولادة يكره ذبحها، وهذا الفرع لقول الإمام: وإذا خرج حيا ولم يكن من الوقت مقدار ما يقدر على ذبحه فمات يؤكل، وهو تفريع على قولهما اهـ

(قوله ولا يحل ذو ناب إلخ) كان الأنسب ذكره هذه المسائل في كتاب الصيد لأنها منه إلا الفرس والبغل والحمار أتقاني، والدليل عليه «أنه – صلى الله عليه وسلم – نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير» رواه مسلم وأبو داود وجماعة.
والسر فيه أن طبيعة هذه الأشياء مذمومة شرعا فيخشى أن يتولد من لحمها شيء من طباعها فيحرم إكراما لبني آدم، كما أنه يحل ما أحل إكراما له ط عن الحموي. وفي الكفاية: والمؤثر في الحرمة الإيذاء وهو طورا يكون بالناب وتارة يكون بالمخلب أو الخبث، وهو قد يكون خلقة كما في الحشرات والهوام، وقد يكون بعارض كما في الجلالة (قوله أو مخلب) مفعل من الخلب: وهو مزق الجلد زيلعي، وهو ظفر كل سبع من الماشي والطائر كما في القاموس قهستاني (قوله من سبع) بفتحتين وسكون الباء وضمها: هو حيوان منتهب من الأرض مختطف من الهواء جارح قاتل عادة فيكون شاملا لسباع

البهائم والطير فلا حاجة إلى قوله أو طير، ولعله ذكره لموافقة الحديث قهستاني (قوله واحدها حشرة) بالتحريك فيهما: كالفأرة والوزغة وسام أبرص والقنفذ والحية والضفدع والزنبور والبرغوث والقمل والذباب والبعوض والقراد، وما قيل إن الحشرات هوام الأرض كاليربوع وغيره، ففيه أن الهامة ما تقتل من ذوات السم كالعقارب قهستاني (قوله والحمر الأهلية) ولو توحشت تتارخانية (قوله بخلاف الوحشية) وإن صارت أهلية ووضع عليها الإكاف قهستاني (قوله الذي أمه حمارة) الحمارة بالهاء الأتان قاموس. وقال في باب النون: الأتان الحمارة فافهم (قوله فكأمه) فيكون على الخلاف الآتي في الخيل." [١]

"لم يجز عن أحد، وتجزي عما دون سبعة بالأولى (فجر) نصب على الظرفية (يوم النحر إلى آخر أيامه) وهي ثلاثة أفضلها أولها.

(ويضحي عن ولده الصغير من ماله) صححه في الهداية (وقيل لا) صححه في الكافي. قال: وليس للأب أن يفعله من مال طفله، ورجحه ابن الشحنة.

قلت: وهو المعتمد لما في متن مواهب الرحمن من أنه أصح ما يفتى به. وعلله في البرهان بأنه إن كان المقصود الإتلاف فالأب لا يملكه في مال ولده كالعتق أو التصدق باللحم فمال الصبي لا يحتمل صدقة التطوع، وعزاه للمبسوط فليحفظ.

ــــــQالمعلومين من قوله أو سبع بدنة، لأن المراد أنها تجزي عن سبعة بنية القربة من كل منهم ولو اختلفت جهات القربة كما يأتي

(قوله لم يجز عن أحد) من الجواز أو من الإجزاء والثاني أنسب بما بعده (قوله وتجزي عما دون سبعة) الأولى عمن لأن ما لما لا يعقل، وأطلقه فشمل ما إذا اتفقت الأنصباء قدرا أو لا لكن بعد أن لا ينقص عن السبع، ولو اشترك سبعة في خمس بقرات أو أكثر صح لأن لكل منهم في بقرة سبعها لا ثمانية في سبع بقرات أو أكثر، لأن كل بقرة على ثمانية أسهم فلكل منهم أقل من السبع ولا رواية في هذه الفصول ولو اشترك سبعة في سبع شياه لا يجزيهم قياسا لأن كل شاة بينهم على سبعة أسهم. وفي الاستحسان يجزيهم وكذا اثنان في شاتين، وعليه فينبغي أن يكون في الأول قياس واستحسان، والمذكور فيه جواب القياس بدائع (قوله نصب على الظرفية) أي لقوله تجب، وهذا بيان لأول وقتها مطلقا للمصري والقروي كما يأتي بيانه فافهم (قوله إلى آخر أيامه) دخل فيها الليل وإن كره كما يأتي، وأفاد أن الوجوب موسع في جملة الوقت غير عين. والأصل أن ما وجب كذلك يتعين الجزء الذي أدى فيه للوجوب أو آخر الوقت كما في الصلاة وهو الصحيح وعليه يتخرج ما إذا صار أهلا للوجوب في آخره، بأن أسلم أو أعتق أو أيسر أو أقام تلزمه، لا إن ارتد أو أعسر أو سافر في آخره، ولو أعسر بعد خروج صار قيمة شاة صالحة للأضحية دينا في ذمته، ولو مات الموسر في أيامها سقطت، وفي الحقيقة لم تجب، ولو ضحى الفقير ثم أيسر في آخره عليه الإعادة في الصحيح لأنه تبين أن الأولى تطوع بدائع ملخصا، لكن في البزازية وغيرها أن المتأخرين قالوا لا تلزمه الإعادة وبه نأخذ

(قوله وهي ثلاثة) وكذا أيام التشريق ثلاثة، والكل يمضي بأربعة أولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٦/٣٠٤

وتشريق هداية. وفيه إشعار بأن التضحية تجوز في الليلتين الأخيرتين لا الأولى، إذ الليل في كل وقت تابع لنهار مستقبل إلا في أيام الأضحية فإنه تابع لنهار ماض كما في المضمرات وغيره، وفيه **إشكال** لأن ليلة الرابع لم تكن وقتا لها بلا خلاف، إلا أن يقال المراد فيما بين أيام الأضحية قهستاني (قوله أفضلها أولها) ثم الثاني ثم الثالث كما في القهستاني عن السراجية

(قوله ويضحي عن ولده الصغير من ماله) أي مال الصغير ومثله المجنون. قال في البدائع: وأما البلوغ والعقل فليسا من شرائط الوجوب في قولهما، وعند محمد من الشرائط حتى لا تجب التضحية في مالهما لو موسرين، ولا يضمن الأب أو الوصي عندهما وعند محمد يضمن. والذي يجن ويفيق يعتبر حاله، فإن كان مجنونا في أيام النحر فعلى الاختلاف وإن مفيقا تجب بلا خلاف اهـ. قلت: لكن في الخانية، وأما الذي يجن ويفيق فهو كالصحيح اهـ إلا أن يحمل على أنه يجن ويفيق في أيام النحر فتأمل (قوله صححه في الهداية) حيث قال: والأصح أن يضحي من ماله، فقول ابن الشحنة إنه في الهداية لم يصحح شيئا بل مقتضى صنيعه ترجيح عدم الوجوب فيه نظر، ولعله ساقط من نسخته
(قوله قلت وهو المعتمد)." [1]

"لأنه العاقد (ثم) يرجع (هو) أي العدل (على الراهن به) أي بثمنه (و) إذا رجع عليه (صح القبض) وسلم الثمن للمرتهن (أو) رجع العدل (على المرتهن بثمنه ثم) رجع (هو) أي المرتهن (على الراهن به) أي بدينه.
زاد هنا في الدرر والوقاية: وإن شرطت الوكالة بعد الرهن رجع العدل عن الراهن فقط سواء قبض المرتهن ثمنه أو لا (فإن هلك الرهن عند المرتهن فاستحق) الرهن (وضمن الراهن قيمته هلك) الرهن (بدينه، وإن ضمن المرتهن) القيمة (يرجع على الراهن بقيمته) التي ضمنها لضرره (وبدينه) لانتقاض قبضه.

[فرع] في الولوالجية: ذهبت عين دابة المرتهن يسقط ربع الدين وسيجيء.
ـــــــــــــــإلى العدل، ولو أنه سلمه إلى المرتهن لم يرجع على العدل به لأن العدل في البيع عامل للراهن وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض منه شيئا فبقي ضمان الثمن على المرتهن والدين على الراهن شرنبلالي عن الزيلعي (قوله لأنه العاقد) فتتعلق به حقوق العقد درر (قوله ثم هو على الراهن) لأنه هو الذي أدخله في العهدة فيجب عليه تخليصه هداية (قوله به) أي بثمنه.
وقع في الهداية وتبعه الزيلعي التعبير بالقيمة، وذكر الشارحون أن المراد بها الثمن (قوله صح القبض) أي قبض المرتهن الثمن (قوله وسلم الثمن للمرتهن) ذكره في الهداية تعليلا وهو الأحسن (قوله أو رجع العدل على المرتهن بثمنه) لأنه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة هداية (قوله ثم رجع إلخ) لأنه لما انتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان (قوله أي بدينه) كان على المصنف التصريح به لئلا يعود الضمير على غير مذكور في كلامه مع الإيهام أفاده ط (قوله وإن شرطت الوكالة إلخ) يعني أن التفصيل المار إنما هو فيما إذا شرطت في العقد لأنه تعلق بها حق المرتهن

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٦/٣١٦

بخلاف المشروطة بعده لأنه لم يتعلق بها حقه فلا يرجع العدل عليه قال الزيلعي: وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع وقال السرخسي هو ظاهر الرواية، إلا أن فخر الإسلام وشيخ الإسلام قالا الأصح جبره لإطلاق محمد في الجامع والأصل فتكون الوكالة غير المشروطة في العقد كالمشروطة فيه في حق جميع ما ذكرنا من الأحكام هناك اهـ ملخصا (قوله فقط) أي ليس له الرجوع على المرتهن (قوله أو لا) بأن ضاع الثمن في يد العدل " بلا " تعديه درر (قوله وضمن الراهن) بالرفع على أن الفعل من الثلاثي المجرد، أو بالنصب على أنه من المزيد والفاعل ضمير المستحق المعلوم من المقام وكذا ما بعده.

والحاصل أن له تضمين الراهن لتعديه بالتسليم أو المرتهن لتعديه بالقبض (قوله هلك الرهن بدينه) أي بمقابلته.

قال الزيلعي: وإن ضمن الراهن صار المرتهن مستوفيا لدينه بهلاك الرهن، لأن الراهن ملكه بأداء الضمان مستندا إلى ما قبل التسليم، فتبين أنه رهن ملك ثم صار المرتهن مستوفيا بهلاكه (قوله لضرره) الأولى لغرره بالغين المعجمة قال في الدرر: أما القيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن بالتسليم اهـ ونحوه في الزيلعي وغيره ط (قوله لانتقاض قبضه) أي قبض المرتهن الرهن بتضمينه فيعود حقه كما كان، لأن الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا عناية: وهنا **إشكال وجواب** مذكوران في الهداية والتبيين

(قوله ذهبت عين دابة المرتهن) الإضافة إلى المرتهن لأدنى ملابسة.

والأصوب إبداله بالرهن.

وعبارة الولوالجية: ولو ذهبت عين دابة الرهن سقط ربع الدين لأن العين من الدابة التي يستعمل عليها ربعها فقد فات ربعها فيسقط ربع الدين اهـ.

وهو مفروض فيما إذا كانت قيمتها مثل الدين كما قيده في المبسوط، واحترز بقوله التي يستعمل عليها كالبقرة والفرس عن نحو الشاة فإنه يضمن النقصان (قوله وسيجيء) أي في باب جناية البهيمة أن إقامة العمل بها إنما تمكن بأربع أعين عيناها وعينا مستعملها اهـ.." (١)

"ويجب مثله للمعير.

(ولو افتكه) أي الرهن (المعير أجبر المرتهن على القبول ثم يرجع) المعير (على الراهن) لأنه غير متبرع لتخليص ملكه بخلاف الأجنبي (بما أدى) بأن ساوى الدين القيمة، وإن الدين أزيد فالزائد تبرع، وإن أقل فلا جبر درر، لكن استشكله الزيلعي وغيره، وأقره المصنف فلذا لم يعرج عليه في متنه مع متابعته للدرر فتدبر.

(ولو هلك الرهن المستعار مع الراهن قبل رهنه أو بعد فكه لم يضمن، وإن استخدمه أو ركبه) ونحو ذلك (من قبل) لأنه أمين خالف ثم عاد إلى الوفاق فلا يضمن خلافا للشافعي، لكن في الشرنبلالية عن العمادية: المستأجر أو المستعير إذا

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٥٠٧/٦

خالفا ثم عاد إلى الوفاق لا يبرأ عن الضمان على ما عليه الفتوى اهـ.

ـــــــQإتقاني (قوله ويجب مثله) أي ويجب للمعير على المستعير مثل ما ذهب من الدين بالعيب

(قوله لتخليص ملكه) أي لأنه يريد بذلك تخليص ملكه فهو مضطر إليه (قوله بخلاف الأجنبي) أي إذا قضى الدين لأنه متبرع إذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبل هداية (قوله وإن أقل فلا جبر) أي لا يجبر المرتهن على تسليم الرهن درر عن تاج الشريعة لأن الزيادة أمانة من جانب الراهن، كذا قيل ولم نجد ذلك في كلام الشراح، وعزوه إلى تاج الشريعة فرية بلا مرية كذا أفاده عزمي زاده (قوله لكن استشكله الزيلعي وغيره) أي استشكل كون الزائد تبرعا حيث قال وهذا مشكل، لأن تخليص الرهن لا يحصل بإيفاء البعض فكان مضطرا؛ وهذا لأن غرضه تخليصه لينتفع به، ولا يحصل ذلك إلا بأداء الدين كله، إذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفي الكل اهـ.

والإشكال ذكره جميع شراح الهداية مع **جوابه** بأن الضمان إنما وجب على المستعير باعتبار إيفاء الدين من ملكه فكان الرجوع عليه بقدر ما تحقق الإيفاء اهـ ونقلوه عن الإيضاح والخانية وغيرهما وكأن الزيلعي لم يرتض بهذا **الجواب** فلم يذكره ولذا قال في السعدية إن للكلام فيه مجالا (قوله فلذا لم يعرج عليه إلخ) أقول يجب اتباع المنقول وإن لم يظهر للعقول مع أن **الجواب** لائح وهو تقصير المعير عن التقييد بالرهن بالقيمة من أول الأمر، فإذا ترك ما يدفع الإضرار كان في دفع الزائد مختارا بهذا الاعتبار فكن من ذوي الأبصار اهـ سائحاني (قوله مع متابعته للدرر) أي إن عادته ذلك غالبا، وقد نص في الدرر على أن الزائد تبرع فدل عدم متابعته له أنه أقر الزيلعي على الاستشكال

(قوله لم يضمن) لأنه لم يصر قاضيا دينه به (قوله وإن استخدمه أو ركبه إلخ) " إن " هذه وصلية أي بأن كان عبدا فاستخدمه أو دابة فركبها قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن هداية أي ضمان التعدي لا ضمان قضاء الدين، لأن الراهن بعد ما قضى الدين يرجع بما أدى لأن الرهن لما هلك في يد المرتهن صار مستوفيا حقه من مالية الرهن فيرجع المعير على الراهن بما وقع به الإيفاء اهـ كفاية ملخصا (قوله ونحو ذلك) كأن لبس الثوب (قوله من قبل) أي من قبل الرهن، وكذا إن افتكه ثم استعمله فلم يعطب ثم عطب بعده من غير صنعه لا يضمن لأنه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك، وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان هداية (قوله لكن في الشرنبلالية إلخ) هذا في المستأجر أو المستعير لشيء ينتفع به وكلامنا في مستعير شيء ليرهنه وهو بمنزلة المودع لا المستعير كما مر آنفا والمودع يبرأ بالعود إلى الوفاق.

وفرق بينهما في الهداية وشروحها بأن يد المستعير يد نفسه فلا يصير بالعود رادا على المالك لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع لأن يده كيد المالك فبالعود إلى الوفاق يصير رادا عليه حكما.

قلت: وكذا المستأجر يده يد نفسه لأنه يمسك العين لنفسه لا لصاحبها (قوله إذا خالفا) الأولى إفراد الضمير." (١)

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٦/٥١٥

"(لو خطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية لهم) أي للعاقلة (فإن خرج من الثلث سقط وإلا سقط ثلث المال) فقط.

(ولو قطعت يده فاقتص له فمات) المقطوع (الأول قبل الثاني قتل) الثاني (به) لسرايته. وعن أبي يوسف لا قود لأنه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه. وظاهر **إشكال** ابن الكمال يفيد تقوية قول أبي يوسف. قال المصنف (ولو مات المقتص منه فديته على عاقلة المقتص له) خلافا لهما.

قلت: هذا إذا استوفاه بنفسه بلا حكم الحاكم، وأما الحاكم والحجام والختان والفصاد والبزاغ فلا يتقيد فعلهم بشرط السلامة كالأجير وتمامه في الدرر. والأصل أن الواجب لا يتقيد بوصف السلامة والمباح يتقيد به ومنه ضرب الأب ابنه تأديبا أو الأم أو الوصي

ـــــــــQأصلا ابن كمال (قوله ولو خطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها إلخ) ؛ لأن التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية تزوج على موجبها وموجبها الدية هنا وهي تصلح مهرا فصحت التسمية إلا أن قدر مهر مثلها يعتبر من جميع المال؛ لأنه ليس فيه محاباة. والمريض لا يحجر عليه في التزوج؛ لأنه من الحوائج الأصلية فيسقط قدر مهر المثل من جميع المال، وما زاد على ذلك من الثلث؛ لأنه تبرع والدية تجب على عاقلتها وقد صارت مهرا فسقط كلها عنهم إن كان مهر مثلها مثل الدية أو أكثر، ولا ترجع عليهم بشيء؛ لأنهم كانوا يتحملون عنها بسبب جنايتها، فإذا صار ذلك ملكا لها سقط عنهم قدر مهر مثلها لما ذكرناه. وما زاد على ذلك ينظر، فإن خرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث وأدوا الزيادة إلى الولي؛ لأن الوصية لا نفاذ لها إلا من الثلث اهـ زيلعي.

قلت: ووجه كونه وصية للعاقلة أنه قد أسقط الدية بمقابلة المهر والدية في الخطأ على العاقلة فيكون قد أسقط لهم ما زاد على المهر تبرعا، فافهم.

(قوله لسرايته) أي لسراية القطع الأول إلى القتل، واستيفاء القطع لا يسقط القود كمن له القود في النفس إذا قطع يد القاتل (قوله؛ لأنه لما أقدم إلخ) **جوابه** أنه إنما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أن حقه في القود فلم يكن مبرأ عنه بدون العلم به كما في الهداية.

واستشكله ابن الكمال بما حاصله أنهم في المسألة المارة وهي ما إذا قطع فعفا عن القطع فمات عللوا سقوط القصاص بأن صورة العفو تكفي في سقوطه؛ لأنها تورث شبهة ولم يلتفتوا إلى أنه لا يكون مبرأ عنه بدون العلم به فأوجبوا الدية. قال الرحمتي: ويجاب بالفرق بأن العافي عن القطع ظهر منه الميل إلى العفو، بخلاف هذا فإنه استوفى ما ظهر له أنه واجب له فلم توجد منه صورة العفو (قوله يفيد تقوية قول أبي يوسف) فيه أنه لا يعارض ما عليه المتون والشروح ط. على أنك سمعت **الجواب** عنه (قوله ولو مات المقتص منه) مقابل قوله فمات المقطوع الأول (قوله فديته على عاقلة المقتص له) ؛ لأن حقه في القطع وقد قتل. قال الأتقاني: ولكن الدية على العاقلة؛ لأنه في معنى الخطإ؛ لأنه أراد استيفاء حقه من القطع ولم يرد القتل (قوله خلافا لهما) فعندهما لا يضمن شيئا؛ لأنه استوفى حقه وهو القطع، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه

من سد باب القصاص، إذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه ابن كمال (قوله بلا حكم الحاكم) ظاهره أنه لو استوفاه بنفسه بعد حكم الحاكم لا يضمن فتأمل.

(قوله وأما الحاكم إلخ) أي إذا قطع يد السارق فمات: وهذه المسائل استشهد بها الإمامان لقولهما، فإنه لا ضمان فيها فنبه الشارح على الفرق بأن إقامة الحدود واجبة على الإمام، وكذا فعل الحجام ونحوه واجب العقد، فلا يتقيد بالسلامة وفي مسألتنا الولي مخير بل العفو مندوب إليه فيتقيد بها للأصل المذكور (قوله والبزاغ) أي البيطار (قوله والمباح يتقيد به) استثنى منه ما إذا وطئ زوجته فأفضاها أو ماتت، فلا ضمان عليه مع كونه مباحا لكون الوطء أخذ موجبه وهو المهر، فلا يجب به آخر أي ضمان آخر أشباه ط ويأتي تمامه (قوله ومنه) أي من المباح وهذا على قول." (١)

"وإن أجازت الورثة لدخول السدس في الثلث مقدما كان أو مؤخرا أخذا بالمتيقن، وبهذا اندفع سؤال صدر الشريعة **وإشكال** ابن الكمال (وفي سدس مالي مكررا له سدس) لأن المعرفة قد أعيدت معرفة (وبثلث دراهمه وغنمه أو ثيابه) متفاوتة فلو متحدة فكالدراهم (أو عبيده

______Qتنبيه]

هذا كله إذا كان له ورثة ففي الاختيار والجوهرة: لو أوصى لرجل بسهم من ماله، ولا وارث له فله النصف لأن بيت المال بمنزلة ابن فصار كأن له ابنان ولا مانع من الزيادة على الثلث فصح اهـ وانظر على القول بالتسوية بين الجزء والسهم، هل يعطى النصف أيضا أم يقال لوكيل بيت المال أعطه ما شئت، وحرره نقلا

(قوله: وبهذا اندفع سؤال صدر الشريعة) حاصل: سؤاله أن قول الموصي ثلث مالي له لا يصلح إخبارا لأنه كذب فتعين الإنشاء، فينبغي أن يكون له النصف، وتقرير الدفع سلمنا أن قوله ذلك إنشاء إلا أنه بعد قوله سدس مالي له محتمل، لأن يكون أراد به زيادة سدس أو أراد ثلثا آخر غير السدس، فيحمل على المتيقن (قوله: **وإشكال** ابن الكمال) حيث قال في هامش شرحه بعد تقريره **جواب** السؤال المار بما ذكرناه.

بقي ههنا شيء: وهو أنه لا يخلو من أن يكون الثلث الذي أجازه الورثة ثلثا زائدا على السدس الذي أجازوه أو لا يكون ثلثا زائدا عليه إذ لا وجه لإجازتهم بلا تعيين المراد، إذ مرجعه إلى إجازة اللفظ، ولا معنى له والثاني يأباه قوله: وأجازوا لأنه مستغنى عن إجازتهم، وعلى الأول لا يصح **الجواب** المذكور، ولعله لذلك أسقط صاحب الكنز القيد المذكور اهـ.

وحاصله: أنه يتعين المعنى الثاني وهو أن تكون الإجازة لثلث غير زائد على السدس: أي لثلث داخل فيه السدس لأنه المتيقن، وبه يتم **الجواب** عن سؤال صدر الشريعة، لكن يبقى قوله: وأجازوا زائدا لا فائدة فيه إذ الثلث لازم مطلقا، ولهذا أسقطه في الكنز.

والجواب ما أشار إليه الشارح بقوله: وإن أجازت الورثة أي إنه غير قيد احترازي بل ذكروه لئلا يتوهم أن له النصف عند الإجازة وليفهم أن له الثلث عند عدمها بالأولى فافهم، ولله در هذا الشارح على هذه الرموز التي هي جواهر الكنوز، لكن

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٦/٥٦٥

بقي هنا **إشكال** ذكره في الشرنبلالية ونقل نحوه وعن قاضي زاده، وهو أن صاحب الحق وهو الوارث رضي بما يحتمله كلام الموصي من اجتماع الثلث مع السدس وامتناع ما كان غير متيقن لحق الوارث، فبعد أن رضي كيف يتكلف للمنع اهـ.

وحاصله: أنه يتعين المعنى الأول وهو أن إجازتهم للزائد لأنه المحتاج إليها.

وأقول: **جوابه** أنه لما احتمل كلام الموصي حملناه على المتيقن الذي يملكه وهو الوصية بالثلث كما مر، والوصية إيجاب تمليك، فكان إيجاب الثلث متيقنا، وإيجاب الزائد مشكوكا فيه، وإجازة الوارث لا تعمل إلا فيما أوجبه الموصي، ولم نتيقن بإيجاب الموصي فيما زاد على الثلث حتى تعمل الإجازة عملها فلغت، لأن الإجازة ليست ابتداء تمليك، وإنما هي تنفيذ لعقد الموصي المتوقف عليها ولهذا يثبت الملك للمجاز له من قبل الموصي، لا من قبل المجيز كما سيجيء آخر الباب هذا ما ظهر لفهمي السقيم من فيض الفتاح العليم (قوله: مكررا) بأن قال له سدس مالي، له سدس مالي في مجلس أو مجلسين كما في الهداية (قوله لأن المعرفة) وهي سدس فإنه ذكر معرفا بالإضافة إلى المال قد أعيدت معرفة: أي فكانت عين الأولى وهذا على ما هو الأصل فلا يرد أنها قد تكون غيرا كقوله تعالى - ﴿وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب﴾ [المائدة: ٤٨]- أي التوراة لأنه خلاف الأصل لقرينة والمسألة أوضحناها في حواشينا على شرح المنار (قوله: أو عبيده) ولا تكون إلا متفاوتة فلذا فصل في الثياب فقط." (١)

"ما ذكر فيؤخذ الورثة بثلثي ما أقروا به والموصى لهم بثلث ما أقروا به وما بقي فلهم ويحلف كل على العلم لو ادعى الزيادة.

قلت: بقي لو كانت الوصايا دون الثلث هل يعزل الثلث كله أم بقدر الوصايا؟ لم أره وبقي أيضا هل يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث يراجع. ابن الكمال به

(ولأجنبي ووارثه أو قاتله نصف الوصية وبطل وصيته

ـــــــQفلم قدم العزل لهما عليه؟

(قوله: ما ذكر) أي من تصديق الفريقين (قوله فيؤخذ الورثة بثلثي ما أقروا به إلخ) لأنه إذا أقر كل فريق بسهم ظهر أن في التركة دينا شائعا في النصيبين، فيؤخذ الدين منهم بحساب ما في أيديهم من التركة عيني وغيره (قوله: وما بقي فلهم) أي ما بقي من الثلث فلأصحاب الوصايا، وما بقي من الثلثين، فللورثة حتى لو قال الموصي لهم الدين مائة يعطى المقر له ثلثها مما في أيديهم فإن فضل شيء فلهم، وإن قال الورثة: الدين ثلاثمائة يعطى المقر له مائتين مما في أيديهم، فإن فضل شيء فلهم، وإلا فلا أتقاني (قوله: على العلم) أي بأنهم لا يعلمون أن له أكثر من ذلك قال الزيلعي: لأنه تحليف على فعل الغير اهـ أي على ما جرى بين المدعي والميت لا على فعل نفسه فلا يحلف على البتات (قوله: قلت بقي إلخ) منشأ ذلك أن قول المصنف كغيره عزل الثلث لأصحاب الوصايا ظاهر في أن الوصايا استغرقت الثلث، وبه صرح الزيلعي، وابن الكمال كما يأتي في **الإشكال**، فلم يعلم منه حكم ما إذا كانت دونه، نعم يفهم منه أنه يعزل بقدرها بقي إذا عزل منه بقدر

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٦/٦٧١

الوصايا فقط وقيل: لكل من أصحابها والورثة صدقوه فيما شئتم، فكم يؤخذ من كل فريق منهم وذكر ط أن قياس ما ذكروه في المسألة السابقة أن ينظر إلى ما في يد كل فيكون ما صدقوه فيه لازما على قدر الحصص اهـ.

قلت: وبقي أيضا أن ما يؤخذ من أصحاب الوصايا هل يرجعون به في ثلث التركة تكميلا لوصاياهم بناء على أن ما أخذه المقر له دين ثبت شائعا في التركة بعد إقرار الفريقين كما مر عن العيني، وقد بقي من الثلث ما يكمل وصاياهم، بخلاف المسألة السابقة لأن الوصايا قد استغرقت الثلث فيها أم لا يرجعون به لأن ما يأخذه المقر له وصية في حقهم كما صرح به الأتقاني في المسألة السابقة لم أر فتأمل (قوله: وبقي أيضا هل يلزمهم) الأولى أن يقول كيف يلزمهم وهو استشكال لإلزام الورثة بتصديقه بعد عزلهم الثلث للوصايا، وقوله يراجع ابن الكمال به إنما قال به أي بسبب ما توقف فيه الشارح، لأن ما ذكره ابن الكمال على المسألة السابقة، لكن يفهم منه **جواب** ما توقف فيه الشارح كما قررناه فافهم، وعبارة ابن الكمال: قيل هذا مشكل من حيث إن الورثة كانوا يصدقونه إلى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وهنا ألزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث، لأن أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في أيديهم من الثلث شيء، فوجب أن لا يلزمهم تصديقه اهـ.

وقوله: من حيث إن الورثة كانوا إلخ أي في مسألة ما إذا لم يوص بوصايا مع الإقرار، وقوله: وهنا أي فيما إذا أوصى بوصايا مع ذلك، وأصل **الإشكال** للإمام الزيلعي. وأجاب عنه العلامة المقدسي: بأنه لما كان المقر به له شبهان شبه الوصية لخروجها مخرجها وشبه الدين لتسميته إياه دينا فهو دين في الصورة ووصية في المعنى فروعي شبه الوصية حين لا وصية، وروعي شبه الدين حين وجود الوصية، لأن التنصيص عليه معها دليل المغايرة فصدق فيما زاد على الثلث مع مراعاة جانب الورثة، والموصى له حيث علق بمشيئتهم تعويلا على علمهم في ذلك، واجتهادهم في تخليص ذمة مورثهم اهـ وأجاب العلامة قاضي زاده **بجواب** رده الشرنبلالي، وأجاب عن **الإشكال** **بجواب** آخر قريب من **جواب** المقدسي فراجعهما من." (١)

"(إلا أن يفضل من ثلثه شيء) من قيمة العبد (أو تقوم حجة على دعواه فإن الموصى له خصم) لأنه يثبت حقه وكذا العبد.

(ولو ادعى رجل دينا على الميت و) ادعى (العبد عتقا في الصحة ولا مال له غيره فصدقهما الوارث يسعى في قيمته وتدفع إلى الغريم) وقالا: يعتق ولا يسعى في شيء، وعلى هذا الخلاف لو ترك ابنا وألف درهم فادعاها رجل دينا وآخر وديعة وصدقهما الابن فالألف بينهما نصفان عنده. وقالا: الوديعة أقوى.

قلت: وعكس في الهداية فقال: عنده الوديعة أقوى، وعندهما سواء، والأصح ما ذكرنا كما في الكافي وتمامه في الشرنبلالية فليحفظ.

باب الوصية للأقارب وغيرهم (جاره من لصق به) وقالا: من يسكن في محلته ويجمعهم مسجد المحلة وهو استحسان. وقال

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٦/٦٧٦

الشافعي:

ـــــــQالعتق. وأما قول المصنف فيما مر ويزاحم أصحاب الوصايا فقد علمت المراد منه فافهم (قوله: إلا أن يفضل إلخ) أي إلا أن يكون ثلث المال زائدا على قيمة العبد فتنفذ الوصية لزيد فيما زاد على القيمة منح (قوله: من قيمة العبد) كذا عبر الزيلعي. وعبارة الدرر: على قيمة العبد وهي أولى، وإن أمكن جعل من بمعنى على كما قال الأخفش والكوفيون في قوله تعالى - ﴿ونصرناه من القوم﴾ [الأنبياء: ٧٧]- أفاده ط عن المكي (قوله: فإن الموصى له خصم إلخ) **جواب** عن **إشكال**، وهو أن الدعوى في العتق شرط لإقامة البينة عنده، وكيف تصح إقامتها من غير خصم؟ فقال: هو خصم في إثبات حقه لأنه مضطر إلى إقامتها على حرية العبد ليفرغ الثلث عن الاشتغال بحق الغير معراج (قوله: وكذا العبد) أي خصم أيضا لأن العتق حقه. أقول: والمراد أنه خصم في غير هذه الصورة؛ لأن الوارث مقر بعتقه هنا أو فيما إذا زادت قيمته على الثلث فهو خصم في إثبات عتقه في الصحة تأمل

(قوله: وقالا: يعتق ولا يسعى إلخ) لأن الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فكأنهما وقعا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية، وإن كان على المعتق دين. وله أن الإقرار بالدين أولى من الإقرار بالعتق؛ ولهذا يعتبر إقراره في المرض بالدين من جميع المال وبالعتق من الثلث، والأقوى يدفع الأدنى إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية عليه ابن كمال (قوله: وعلى هذا الخلاف) كذا عبر في الهداية، والتعبير به ظاهر على ما قرره صاحب الهداية من ذكر الخلاف الآتي والشارح لم يتابعه بل مشى على عكسه، فالخلاف هنا حينئذ عكس الخلاف في المسألة الأولى فكان عليه ذكر المسألة مبتدأة بدون ذلك فافهم (قوله: نصفان) لأن الوديعة لم تظهر إلا مع الدين فيستويان زيلعي (قوله: وقالا: الوديعة أقوى) لأنها تثبت في عين الألف، والدين يثبت في الذمة أولا ثم ينتقل إلى العين فكانت الوديعة أسبق وصاحبها أحق زيلعي (قوله: والأصح ما ذكرنا) وهو المذكور في عامة الكتب عناية.

[باب الوصية للأقارب وغيرهم]

أي من الأهل والأصهار والأختان ونحو ذلك، وإنما أخر هذا الباب؛ لأنه في أحكام الوصية المخصوصين وفيما نقدمه ذكر أحكامها على وجه العموم، والخصوص يتلو العموم أبدا منح (قوله: جاره من لصق به) لما كان لكل من الأقارب والجيران خصوصية تستدعي الاهتمام نبه على أهمية كل منهما من وجه حيث قدم الأقارب في الترجمة والجيران هنا سعدية (قوله: وهو استحسان) والصحيح قول الإمام كما أفاده في الدر المنتقى وصرح به." [1]

"والحاصل: أن له تضمين الراهن لتعديه بالتسليم أو المرتهن لتعديه بالقبض.

قوله: (هلك الرهن بدينه) أي بمقابلته.

قال الزيلعي: وإن ضمن الراهن صار المرتهن مستوفيا لدينه بهلاك الرهن، لأن الراهن ملكه بأداء الضمان مستندا إلى ما قبل

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٦/٦٨٢

التسليم، فتبين أنه رهن ملك ثم صار المرتهن مستوفيا بهلاكه.

قوله: (لضرره) الأولى لغرره بالغين المعجمة.
قال في الدرر: أما القيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن بالتسليم اه.
ونحوه في الزيلعي وغيره ط.

قوله: (لانتقاض قبضه) أي قبض المرتهن الرهن بتضمينه فيعود حقه كما كان، لأن الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا.
عناية.
وهنا إشكال وجواب مذكوران في الهداية والتبيين.

قوله: (ذهبت عين دابة المرتهن) الإضافة إلى المرتهن لأدنى ملابسة.
والأصوب إبداله بالرهن.
وعبارة الولوالجية: ولو ذهبت عين دابة الرهن سقط ربع الدين لأن العين من الدابة التي يستعمل عليها ربعها فقد فات ربعها فيسقط ربع الدين اه.
وهو مفروض فيما إذا كانت قيمتها مثل الدين كما قيده في المبسوط، واحترز بقوله التي يستعمل عليها كالبقرة والفرس عن نحو الشاة فإنه يضمن النقصان.

قوله: (وسيجئ) أي في باب جناية البهيمة أن إقامة العمل بها إنما تمكن بأربع أعين عيناها وعينا مستعملها اه.
خاتمة: المولى لا يصلح عدلا في رهن مأذونه لو مديونا حتى لو شرط لم يجز الرهن وصح عكسه، والمكاتب يصلح عدلا في رهن ملاوه كعكسه، والمكفول عنه لا يصلح عدلا في رهن الكفيل كعكسه، وكذا رب المال في رهن المضارب كعكسه، وكذا أحد شريكي المفاوضة أو العنان إلا فيما كان من غير التجارة، لأن كلا منهما أجنبي عن صاحبه فيه، وكذا الراهن لا يصلح عدلا في الرهن ويفسد العقد، إلا إن كان قبضه المرتهن ثم وضعه على يده جاز بيعه اه.
ط عن الهندية ملخصا.

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره
لما ذكر لارهن وأحكامه ذكر ما يعترض عليه إذا عارضه بعده وجوده، معراج.

قوله: (توقف بيع الراهن إلخ) وكذا توقف على إجازة الراهن بيع المرتهن، فإن أجازه جاز وإلا فلا، وله أن يبطله ويعيده

رهنا، ولو هلك في يد المشتري قبل الإجازة لم تجز الإجازة بعده، وللراهن أن يضمن أيهما شاء.
قهستاني عن شرح الطحاوي.
وما ذكره المصنف هو الصحيح وظاهر الرواية، وقيل: ينفذ.
وتمامه في الزيلعي.
فرع: قال المرتهن للراهن بع الرهن من فلان فباعه من غيره لم يجز، ولو قال المستأجر للمؤجر ذلك جاز بيعه من غيره.
جامع الفصولين.

قوله: (على إجازة مرتهنه إلخ) أو إبرائه الراهن عن الدين.
حموي.

قوله: (نفذ) لزوال المانع، وهو تعلق حق المرتهن به وعدم القدرة على تسليمه.
زيلعي.
قوله:." (١)
"الرهن مضمونا بأن كان مثل الدين أو أقل.

قوله: (وإلا الخ) أي يأن كان أكثر من الدين.

قوله: (بحسابه) أي بقدر حصة العيب.
إتقاني.

قوله: (ويجب مثله) أي ويجب للمعير على المستعير مثل ما ذهب من الدين بالعيب.

قوله: (لتخليص ملكه) أي لأنه يريد بذلك تخليص ملكه فهو مضطر إليه.

قوله: (بخلاف الأجنبي) أي إذا قضى الدين لأنه متبرع إذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبل.
هداية.

قوله: (وإن أقل فلا جبر) أي لا يجبر المرتهن على تسليم الرهن.

---
(١) قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار علاء الدين بن محمد بن عابدين ٦٩/٧

درر عن تاج الشريعة، لأن الزيادة أمانة من جانب الراهن، كذا قيل، ولم نجد ذلك في كلام الشراح، وعزوه إلى تاج الشريعة فرية بلا مرية كذا.

أفاده عزمي زاده.

قوله: (لكن استشكله الزيلعي وغيره) أي استشكل كون الزائد تبرعا حيث قال: وهذا مشكل، لأن تخليص الرهن لا يحصل بإيفاء البعض فكان مضطرا، وهذا لأن غرضه تخليصه لينتفع به، ولا يحصل ذلك إلا بأداء الدين كله.

إذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفي الكل اه.

والإشكال ذكره جميع شراح الهداية مع **جوابه** بأن الضمان إنما وجب على المستعير باعتبار إيفاء الدين من ملكه، فكان الرجوع عليه بقدر ما تحقق الإيفاء.

اه.

ونقلوه عن الإيضاح والخانية وغيرهما، وكأن الزيلعي لم يرتض بهذا **الجواب** فلم يذكره ولذا قال في السعدية: إن للكلام فيه مجالا.

قوله: (فلذا لم يعرج عليه إلخ) أقول: يجب اتباع المنقول وإن لم يظهر للعقول، مع أن **الجواب** لائح وهو تقصير المعير عن التقييد بالرهن بالقيمة من أول الأمر، فإذا ترك ما يدفع الإضرار كان في دفع الزائد مختارا بهذا الاعتبار فكن من ذوي الأبصار اه.

سائحاني.

قوله: (مع متابعته للدرر) أي إن عادته ذلك غالبا، وقد نص في الدرر على أن الزائد تبرع فدل عدم متابعته له أنه أقر الزيلعي على الاستشكال.

قوله: (لم يضمن) لأنه لم يصر قاضيا دينه به.

قوله: (وإن استخدمه أو ركبه إلخ) إن هذه وصيلة: أي بأن كان عبدا فاستخدمه أو دابة فركبها قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن.

هداية: أي ضمان التعدي لا ضمان قضاء الدين، لأن الراهن بعد ما قضى الدين يرجع بما أدى، لأن الرهن لما هلك في يد المرتهن صار مستوفيا حقه من مالية

الرهن فيرجع المعير على الراهن بما وقع به الإيفاء اه.

كفاية ملخصا.

قوله: (ونحو ذلك) كأن لبس الثوب.

قوله: (من قبل) أي من قبل الرهن، وكذا إن افتكه ثم استعمله فلم يعطب ثم عطب بعده من غير صنعه لا يضمن لأنه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك، وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان.
هداية.

قوله: (لكن في الشرنبلالية) إلخ هذا في المستأجر أو." (١)
"مقام الموصي فكان إليهم بيانه.
زيلعي.

قوله: (عرفنا) أي عرف العجم.
در منتقى.

قوله: (وأما أصل الرواية فبخلافه) وهي أن السهم السدس في رواية الجامع الصغير فإنه قال فيه: له أخس سهام الورثة، إلا أن ينقص من السدس فيتمم له السدس، ولا يزاد له، فكان حاصله أن له السدس.
وعلى رواية كتاب الوصايا أخس سهام الورثة ما لم يزد على السدس.
وقالا: له الأخس إلا أن يزيد على الثلث فيكون له الثلث اه.
اختيار.
فالسدس على الرواية الأولى لمنع النقصان ولا يمنع الزيادة، وعلى الثانية بالعكس.
وذكر في الهداية ما يمنع الزيادة والنقصان.
زيلعي.
فأما أن صاحب الهداية اطلع على رواية غيرهما أو جمع بينهما عناية.
وتمام ذلك في المطولات.
تنبيه: هذا كله إذا كان له ورثة.
ففي الاختيار والجوهرة: لو أوصى لرجل بسهم من ماله ولا وارث له فله النصف، لأن بيت المال بمنزلة ابن فصار كأن له ابنان ولا مانع من الزيادة على الثلث فصح اه.
وانظر على القول بالتسوية بين الجزء والسهم، هل يعطى النصف أيضا، أم يقال لوكيل بيت المال: أعطه ما شئت؟ وحرره نقلا.

---

(١) قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار علاء الدين بن محمد بن عابدين ٧/٧٧

قوله: (وبهذا اندفع سؤال صدر الشريعة) حاصل سؤاله أن قول الموصي ثلث مالي له لا يصلح إخبارا لأنه كذب فتعين الإنشاء، فينبغي أن يكون له النصف، وتقرير الدفع سلمنا أن قوله ذلك إنشاء، إلا بعد قوله سدس مالي له محتمل لأن يكون أراد به زيادة سدس أو أراد ثلثا آخر غير السدس، فيحمل على المتيقن.

قوله: (وإشكال ابن الكمال) حيث قال في

هامش شرحه بعد تقريره جواب السؤال المار بما ذكرناه.

بقي ها هنا شئ وهو أنه لا يخلو من أن يكون الثلث الذي أجازه الورثة ثلثا زائدا على السدس الذي أجازوه أولا يكون ثلثا زائدا عليه، إذ لا وجه لإجازتهم بلا تعيين المراد، إذ مرجعه إلى إجازة اللفظ ولا معنى له.

والثاني يأباه قوله: وأجازوا لأنه مستغنى عن إجازتهم، وعلى الأول لا يصح الجواب المذكور، ولعله لذلك أسقط صاحب الكنز القيد المذكور اه.

وحاصله: أنه يتعين المعنى الثاني وهو أن تكون الاجازة لثلث غير زاد على السدس أي لثلث داخل فيه السدس لأنه المتيقن، وبه يتم الجواب عن سؤال صدر الشريعة، لكن يبقى قوله: وأجازوا زائدا لا فائدة فيه إذ الثلث لازم مطلقا، ولهذا أسقطه في الكنز.

والجواب ما أشار إليه الشارح بقوله: وإن أجازت الورثة أي إنه غير قيد احترازي، بل ذكروه لئلا يتوهم أن له النصف عند الإجازة، وليفهم أن له الثلث عند عدمها بالأولى، فافهم.

والله در هذا الشارح على هذه الرموز التي عي جواهر الكنوز، لكن بقي هنا إشكال ذكره في الشرنبلالية ونقل نحوه عن قاضي زاده، وهو أن صاحب الحق وهو الوارث رضي بما يحتمله كلام الموصي من اجتماع الثلث مع السدس وامتناع ما كان غير متيقن لحق الوارث، فبعد أن رضي كيف يتكلف للمنع؟ اه.

وحاصله: أنه يتعين المعنى الأول وهو أن إجازتهم للزائد لأنه المحتاج إليها.

وأقول: جوابه أنه لما احتمل كلام الموصي حملناه على المتيقن الذي يملكه وهو الوصية بالثلث كما مر، والوصية إيجاب تمليك، فكان إيجاب الثلث متيقنا، وإيجاب الزائد مشكوكا فيه، وإجازة الوارث لا." [1]

"على فعل نفسه فلا يحلف على البتات.

قوله: (قلت بقي إلخ) منشأ ذلك أن قول المصنف كغيره عزل الثلث لأصحاب الوصايا ظاهر في أن الوصايا استغرقت الثلث، وبه صرح الزيلعي وابن الكمال كما يأتي في الإشكال، فلم يعلم منه حكم ما إذا كانت دونه.

نعم يفهم منه أنه يعزل بقدرها.

(١) قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار علاء الدين بن محمد بن عابدين ٧/٢٥٢

بقي إذا عزل منه بقدر الوصايا فقط.

وقيل: لكل من أصحابها والورثة صدقوه فيما شئتم، فكم يؤخذ من كل فريق منهم؟ وذكر ط أن قياس ما ذكروه في المسألة السابقة أن ينظر إلى ما في يد كل، فيكون ما صدقوه فيه لازما على قدر الحصص اه.

قلت: وبقي أيضا أن ما يؤخذ من أصحاب الوصايا هل يرجعون به في ثلث التركة تكميلا لوصاياهم بناء على أن ما أخذه المقر له دين ثبت شائعا في التركة بعد إقرار الفريقين كما مر عن العيني، وقد بقي من الثلث ما يكمل وصاياهم، بخلاف المسألة السابقة، لأن الوصايا قد استغرقت الثلث فيها أم لا لا يرجعون به لأن ما يأخذه المقر له وصية في حقهم كما صرح به الأتقاني في المسألة السابقة؟ لم أر، فتأمل.

قوله: (وبقي أيضا هل يلزمهم) الأولى أن يقول: كيف يلزمهم، وهو استشكال الالزام الورثة بتصديقه بعد عزلهم الثلث للوصايا.

وقوله: يراجع ابن كمال به إنما قال به: أي بسبب ما توقف فيه الشارح، لأن ما ذكره ابن الكمال على المسألة السابقة، لكن يفهم منه **جواب** ما

توقف فيه الشارح كما قررناه، فافهم.

وعبارة ابن الكمال: قيل: هذا مشكل من حيث إن الورثة كانوا يصدقونه إلى الثلث، ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث، وهنا ألزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لأن أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق في الثلث كله ولم يبق في أيديهم من * الثلث شئ، فوجب أن لا يلزمهم تصديقه اه.

وقوله: من حيث إن الورثة كانوا إلخ: أي في مسألة ما إذا لم يوص بوصايا مع الاقرار، قوله وهنا: أي فيما إذا أوصى بوصايا مع ذلك، وأصل **الإشكال** للإمام الزيلعي.

وأجاب عنه العلامة المقدسي: بأنه لما كان المقر به له شبهان: شبه الوصية لخروجها مخرجها، وشبه الدين لتسميته إياه دينا، فهو دين في الصورة ووصية في المعنى، فروعي شبه الوصية حين لا وصية، وروعي شبه الدين حين وجود الوصية، لأن التنصيص عليه معها دليل المغايرة، فصدق فيما زاد على الثلث مع مراعاة جانب الورثة والموصى له، حيث علق بمشيئتهم تعويلا على علمهم في ذلك، واجتهادهم في تخليص ذمة مورثهم اه.

وأجاب العلامة قاضي زاده **بجواب** رده الشرنبلالي، وأجاب عن **الإشكال** **بجواب** آخر قريب من **جواب** المقدسي، فراجعهما من حاشية ح.

قوله: (على ما مر) أي من الأصل السابق.

قوله: (لأنه إقرار بعقد سابق بينهما إلخ) لم أر من علل بذلك، وفيه نظر لأن الإقرار لا يقتضي سبق عقد بين المقر والمقر

له، وإنما يقتضي سبق الملك للمقر به، وإنما العلة ما في شرح الجامع الصغير لقاضيخان حيث قال: والفرق: أي بين الإقرار والوصية أن الإقرار إخبار،." (١)

"هـ.

قوله: (وإن فدى لا) فإن لم يوجد الدفع والفداء وأعتقه الوصي: فإن عالما بالجناية لزمه تمام الأرش، وإلا فالقيمة، ولا يرجع لأن الوصية بعتق عبد غير جان فقد خالف.

سائحاني.

قوله: (ولو أوصى بثلثه إلخ) معناه ترك عبدا ومالا وارثا والعبد مقدار ثلث ماله، وله صرح قاضيخان.

معراج

قوله: (لينفذ من كل المال) فكأنه يقول: لم يقع العتق وصية ووصيتي بثلث ماله صحيحة فيما وراء العبد.

قوله: (ويقدم على بكر) لأنه إذا وقع في المرض وقع وصية وقيمة العبد ثلث المال فلم يكن للموصى له بالثلث شئ، لأن الوصية بالعتق مقدمة بالاتفاق.

معراج.

قوله: (ولا شئ لزيد) لما علمته من تقديم العتق.

وأما قول المصنف فيما مر ويزاحم أصحاب الوصايا فقد علمت المراد منه، فافهم.

قوله: (إلا أن يفضل إلخ) أي إلا أن يكون ثلث المال زائدا على قيمة العبد فتنفذ الوصية لزيد فيما زاد على القيمة.

منح

قوله: (من قيمة العبد) كذا عبر الزيلعي.

وعبارة الدرر: على قيمة العبد وهي أولى وإن أمكن جعل من بمعنى على كما قال الأخفش والكوفيون في قوله تعالى: * (ونصرناه من

القوم) * (الأنبياء: ٧٧) أفاده ط عن المكي.

قوله: (فإن الموصى له خصم إلخ) **جواب** عن **إشكال**، وهو أن الدعوى في العتق شرط لإقامة البينة عنده، وكيف تصح أقامتها من غير خصم؟ فقال: وهو خصم في إثبات حقه لأنه مضطر إلى إقامتها على حرية العبد ليفرغ الثلث عن الاشتغال

---

(١) قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار علاء الدين بن محمد بن عابدين ٢٥٨/٧

بحق الغير.

معراج.

قوله: (وكذا العبد) أي خصم أيضا لان أقول: والمراد أنه خصم في غير هذه الصورة، لان الوارث مقر بعتقه العتق حقه. هنا أو فيما إذا زادت قيمته على الثلث فهو خصم في إثبات عتقه في الصحة.

تأمل.

قوله: (وقالا يعتق ولا يسعى إلخ) لأن الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فكأنهما وقعا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية، وإكان على المعتق دين.

وله أن الإقرار بالدين أولى من الإقرار بالعتق، ولهذا يعتبر إقراره في المرض بالدين من جميع المال وبالعتق من الثلث، والأقوى يدفع الأدنى، إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية عليه.

ابن كمال.

قوله: (وعلى هذا الخلاف) كذا عبر في الهداية، والتعبير به ظاهر على ما قرره صاحب الهداية من ذكر الخلاف." (١)

"لكن ذكر سيدي الوالد رحمه الله تعالى في حاشيته على البحر بعد ذكر نحو ما تقدم: قلت: وسيأتي في الوكالة أن الوكيل بالخصومة يصح إقراره لو أقر عند القاضي لا عند غيره، ولكنه يخرج به عن الوكالة.

وعند أبي يوسف: يصح إقراره مطلقا، لان الشئ إنما يختص بمجلس القضاء إذا لم يكن موجبا إلا بانضمام القضاء إليه كالبينة والنكول.

ولهما: أن المراد بالخصومة الجواب مجازا، والجواب يستحق في مجلس الحكم فيختص به، فإذا أقر في غيره لا يعتبر لكونه أجنبيا فلا ينفذ على الموكل لكنه

يخرج به عن الوكالة لان إقراره يتضمن أنه ليس له ولاية الخصومة اه.

والحاصل: أن اختصاصه بمجلس القاضي لكون لفظ الخصومة يتقيد به، وهنا ليس كذلك، فالذي يظهر ترجيح عدم اشتراط كون الكلامين في مجلس القاضي اهـ.

قوله: (يرتفع بتصديق الخصم) أي بكلاميه المتناقضين.

مطلب: يرتفع المتناقض بقول المتناقض تركت

قوله: (وبقول المتناقض تركت الاول الخ) أقول: فيه أنه حينئذ لا يبقى تناقض أصلا، لان كل متناقض يمكنه أن يقول ذلك، والظاهر أن هذا مخصوص بمسألة ما إذا ادعاه مطلقا ثم ادعاه بسبب الخ، فإذا قال ذلك قبل قوله: أما لو قال هذا ملك

(١) قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار علاء الدين بن محمد بن عابدين ٧/٢٦٤

المدعى عليه ثم قال بل ملكي تركت الاول وادعى بالثاني فلا قائل به، ويرشدك لذلك.

قوله: (تركت الاول الخ) .

ثم رأيت في البحر عن البزازية وصف المدعي المدعى، فلما حضر خالف في البعض إن ترك الدعوى الأولى وادعى الحاضر تسمع لانها دعوى مبتدأة، وإلا فلا اه.

وفيه أيضا وبرجوع المتناقض عن الاول بأن يقول تركته وادعى بكذا.

قال سيدي الوالد في حاشيته عليه بعد كلام: وظاهر ما ذكره المؤلف في الاستحقاق: أي صاحب البحر، أن مسألة رجوع المتناقض بحث منه.

ثم رأيت البزازي ذكر بعد ذلك في نوع في الدفع، وذكر القاضي ادعى بسبب وشهدا بالمطلق لا يسمع ولا تقبل لكن لا تبطل دعواه الاولى، حتى لو قال أردت بالمطلق المقيد يسمع كما مر إن برهن على أنه له.

وفي الذخيرة أيضا: ادعاه مطلقا فدفعه المدعى عليه بأنك كنت ادعيته قبل هذا مقيدا وبرهن عليه فقال المدعي أدعيه الآن بذلك السبب وتركت المطلق يقبل ويبطل الدفع اه ما في البزازية.

قال الرملي: ربما يشكل عليه ما في البزازية وغيرها: ادعى على زيد أنه دفع له مالا ليدفعه إلى غريمه وحلفه ثم ادعاه على خالد وزعم أن دعواه على زيد كان ظنا لا يقبل، لان الحق الواحد كما لا يستوفى من اثنين لا يخاصم مع اثنين بوجه واحد اه.

ووجه إشكاله أنه لما قال إن دعواه على زيد كان ظنا فقد ارتفع التناقض، والله تعالى أعلم.

ذكره الغزي.

وأقول: قد كتب فرقا في حاشيتي على جامع الفصولين بين فرع البزازي وفرع ذكره فراجعه، ويفرق ها هنا بأن فيما ذكره البزازي امتنع ارتفاع

التناقض لتعلقه باثنين فلا تصح الدعوى لما ذكره من امتناع مخاصمة الاثنين في حق واحد، وهذا منتف في الواحد وهو محل ما في هذا الشرح فتدبر اه.

مطلب: يرتفع التناقض بقول المتناقض تركت

قوله: (أو بتكذيب الحاكم) كما لو ادعى أنه كفل له عن مديونه بألف فأنكر الكفالة وبرهن الدائن أنه كفل عن مديونه وحكم به الحاكم وأخذ المكفول له منه المال، ثم إن الكفيل ادعى على." (١)

"مطلب: أنكر البيع فأثبته المشتري فادعى البائع الاقالة تسمع قال في العدة (١) أنكر البيع فبرهن عليه المشتري فادعى البائع إقالة يسمع هذا الدفع، ولو لم يدع الاقالة ولكن ادعى إيفاء الثمن أو الابراء اختلف المتأخرون اه.

وقد يجاب بأن المقر إنما يصير مكذبا شرعا إذا حكم القاضي بما يخالف إقراره، وفي مسألتنا لم يقض بالبيع حتى تناقض

---

(١) قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار علاء الدين بن محمد بن عابدين ٤٢٩/٧

الخصم فلم يكن مكذبا شرعا.

بحر.

قال ط: وفيه نظر اهـ.

وكذا نظر فيه الرملي.

قال سيد الوالد رحمه الله تعالى: أي تفسير للتنظير، فإن القضاء بالشراء قضاء بالبيع، فما معنى قوله لم يقض القاضي بالبيع.

مطلب: الجواب النافع عن إشكال جامع الفصولين وأقول: الجواب النافع إن شاء الله تعالى ما يستفاد من كتاب نور العين في غير هذا المحل وفي غير هذه المسألة، وهو أن الكفيل لما التحق زعمه بالعدم وثبت خلافه وهو كونه كفيلا لم يسع في إعادة زعمه ولم يرد نقض البينة بل رضي بموجبها حتى جعله مبني لدعواه الرجوع على الاصيل، وأما البائع في مسألتنا فقد سعى في إعادة مآل زعمه وهو براءة ذمته بعد التحاقة بالعدم بثبوت خلافه وأراد نقض ما أثبتته البينة وهو عدم براءة ذمته، فهذا فرق واضح حق، وكذا يقال في دعوى الاقالة لانها فسخ للعقد الذي أثبته الخصم بالبينة، ففيه تقرير لموجبها وهي المتقدمة عن البحر عن العدة فيما إذا ادعى على آخر أنه اشترى منه هذا الدار فأنكر الشراء فلما أقام المدعي البينة على الشراء ادعى المدعى عليه أنه ردها عليه: يعني أقالها يسمع هذا الدفع، ولو لم يدع الاقالة ولكن يدعي إيفاء الثمن أو الابراء اختلف

المتأخرون.

مطلب: ادعى شراء عبده فأنكر فأثبته فادعى البائع أنه رده عليه بالعيب يقبل ومثله يقال في جواب مسألة: ما إذا ادعى عليه شراء عبده فأنكر فبرهن عليه فادعى عليه أنه رده عليه بالعيب تسمع، لانه صار مكذبا في إنكاره البيع فارتفع التناقض بتكذيب الشرع كما ارتفع بتصديق الخصم اهـ.

فاحفظه فإنه ينفعك في كثير من أمثال هذه المسائل.

قوله: (لامكان التوفيق ببيع وكيله) أي وكيل البائع، فقوله أولا لم أبعها منك قط: أي مباشرة، وقوله إنه برئ إليه من كل عيب: أي إلى وكيله وفعل الوكيل كفعل الموكل.

قوله: (وإبرائه عن العيب) من إضافة المصدر إلى مفعوله وهو ضمير الوكيل والفاعل المشتري إلخ، وعلى ما قلنا مضاف إلى فاعله، والضمير لوكيله وهو المفوم من عبارة البحر.

مطلب: واقعة سمرقند

قوله: (ومنه واقعة سمرقند) أي من جنس مسألة المصنف، وهو ما وقع فيه التناقض، ولو صرح به لكان أوضح، لكن لا يظهر أن هذه الواقعة منه، لان عقد النكاح الاب فيه سفير لا تلحقه عهدة، بخلاف ببيع الوكيل.

وأيضا الخلع هنا ظاهر في أنه قائم به، بخلاف المبرأ فإنه غير ظاهر في أنه حاضر وقت البراءة، فافهم أسرار المقال ولا تكن ممن يعرف الحق بالرجال.

نعم التوفيق ظاهر فيما نذكره في القولة الآتية عن البحر، ولو قال لا نكاح بيني وبينك إلى آخر ما نذكره عن

---

(١) اسم كتاب وهو عدة الفتاوى اهـ.

منه.." (١)

"عنده، إذ لو أقر به البائع لا يلزمه شئ، لأن الإباق من العيوب التي لا بد فيها من المعاودة، بأن يثبت وجوده عند البائع ثم عند المشتري كلاهما في صغره أو كبره على ما سبق في محله.

أبو السعود.

وفي الحواشي السعدية قوله: يحلف على البتات بالله ما أبق.

أقول: الظاهر أنه يحلف على الحاصل بالله ما عليك حق الرد، فإن في الحلف على السبب يتضرر البائع أو قد يبرأ المشتري عن العيب.

قوله: (وأثبت ذلك) أي على ما سبق في محله من وجوده عند البائع ثم عند المشتري الخ.

قوله: (يحلف البائع على البتات) يعني أن مشتري العبد إذا ادعى أنه سارق أو آبق وأثبت إباقه أو سرقته في يد نفسه وادعى أنه أبق أو سرق في يد البائع وأراد التحليف

يحلف البائع بالله ما أبق بالله ما سرق في يدك، وهذا تحليف على فعل الغير.

درر.

قوله: (فرجع إلى فعل نفسه) وهو تسليمه سليما.

قوله: (لأنها آكد) أي لأن يمين البتات آكد من يمين العلم حيث جزم في الاولى، ولم يجزم في الثانية، مع أن في الاولى إنما حلف على علمه أيضا، إذ غلبة الظن تبيح له الحلف، لكنه إذا جزم بها كانت آكد صورة.

قوله: (ولذا تعتبر مطلقا) أي في فعل نفسه وفعل غيره، فلو حلف على البتات في فعل غيره أجزأه بالاولى لانه قد أتى بالآكد.

قوله: (بخلاف العكس) يعني أن يمين العلم لا تكفي في فعل نفسه ح.

قال في البحر: ثم في كل موضع وجبت فيه اليمين على العلم فحلف على البتات كفى وسقطت عنه، وعلى عكسه لا،

---

(١) قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار علاء الدين بن محمد بن عابدين ٤٤٥/٧

ولا يقضى بنكوله عما ليس واجبا عليه.

اهـ.

قال في الدرر: واعلم أن في كل موضع اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه، وفي كل موضع وجب اليمين فيه على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه، ويقضى عليه إذا نكل لأن الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا، بخلاف العكس.

ذكره الزيلعي.

اهـ.

واستشكل الثاني العمادي.

قال الرملي: وجه الاشكال أنه كيف يقضى عليه مع أنه غير مكلف إلى البت ويزول الإشكال بأنه مسقط لليمين الواجبة عليه، فاعتبر فيكون قضاء بعد نكول عن يمين مسقطة للحلف عنه، بخلاف عكسه، ولهذا يحلف فيه ثانيا لعدم سقوط الحلف عنه بها، فنكوله عنه لعدم اعتباره والاجتزاء به فلا يقضي عليه بسبب.

تأمل.

أقول: يشكل قول الرملي بأنه يزول الاشكال الخ، مع أنه لا يزول بذلك بعد قول البحر: ولا يقضي بنكوله عما ليس واجبا عليه.

تأمل.

واستشكل في السعدية الفرع الاول بأنه ليس كما ينبغي، بل اللائق أن يقضي بالنكول، فإنه إذا نكل عن الحلف على العلم ففي البتات أولى.

وأجاب عنه: بالمنع لانه يجوز أن يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم، فلا يحلف حذرا عن التكرار، وهو بمعنى ما ذكره الرملي، واستشكل الثاني أيضا بأنه محل تأمل، فإنه إذا لم يجب عليه كيف يقضي عليه إذا نكل، ولم يجب عنه بجواب، واستشكله الخادمي أيضا بأن البتات أعم تحققا من العلم، ويعتبر في اليمين انتفاؤهما وانتفاء الاعم أخص من انتفاء الاخص، فكيف يقضي بالنكول

عن البتات في موضع يجب عليه الحلف على العلم، فإنه بعد هذا النكول يحتمل أن يحلف على العلم.

ا." (١)

"في الارث فيقضي بينهما نصفين، وإن سبق تاريخ أحدهما لانهما لا يدعيان الملك لانفسهما ابتداء بل لمورثهما ثم يجرانه إلى أنفسهما ولا تاريخ لملك المورثين، فصار كما لو حضر المورثان وبرهنا على الملك المطلق، حتى لو كان لملك المورثين تاريخ: يقضي لاسبقهما.

أقول: ينبغي أن يكون حكم هذا كحكم دعوى الشراء من اثنين، لان المورثين كبائعين في تلقي الملك منهما، فمن لم يعتبر

(١) قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار علاء الدين بن محمد بن عابدين ٥٦/٨

التاريخ في الشراء من البائعين ينبغي أن لا يعتبر التاريخ في الارث أيضا، فرد **الاشكال** على من خالف فيشكل التفصي: أي التخلص إلا بالحمل على الروايتين.

والحاصل: أن في اعتبار تاريخ تلقي الملك من البائعين اختلاف الروايات على ما سيجئ، فكذا الارث، فلا فرق بينهما في الحكم فلا **إشكال** حينئذ، وإن أرخ أحدهما لا الآخر: يقضي بينهما

نصفين إجماعا لانهما ادعيا تلقي الملك من رجلين فلا عبرة للتاريخ.

وقيل يقضي للمؤرخ عند أبي يوسف جامع الفصولين من الفصل الثامن.

وفي كتاب الدعوى من الخلاصة وإن أرخا لملك مورثهما يعتبر سبق التاريخ في قولهم جميعا اهـ: أي بأن أقام أحدهما بينة أن أباه مات منذ سنة وتركها ميراثا له وأقام الآخر بينة أن أباه مات منذ سنتين وتركها ميراثا له، ففي هذا الوجه خالف محمد أنقروي في دعوى الارث.

ادعيا ملكا إرثا من أبيهما والعين في أيديهما أي ادعى كل منهما الارث من أبيه (٧١) : لم يؤرخا يقضي بينهما نصفين.

(٨١) : أو أرخا تاريخا يقضي بينهما نصفين.

(٩١) : أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق عند علمائنا الثلاثة: يقضي للاسبق إن كان تاريخهما لموت مورثهما، وإن كان تاريخهما لملك مورثهما عند محمد: يقضي بينهما نصفين، ورجح صاحب جامع الفصولين قول محمد هنا.

(٠٢) : أو أرخ أحدهما لا الآخر: يقضي بينهما إجماعا.

أي كما لو كانت العين في يد ثالث، ولو ادعيا ملكا إرثا.

فإن كانت العين في أيديهما فكذلك **الجواب**.

في أول الثامن الفصولين ملخصا.

ادعيا ملكا إرثا لابيه والعين في يد أحدهما (١٢) : لم يؤرخا: يقضي للخارج.

(٢٢) : أو أرخا تاريخا واحدا: يقضي للخارج.

(٣٢: أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق: عندهما يقضي للخارج، ومشايخنا أفتوا بأولوية الاسبق على قول الامامين.

(٤٢) أو أرخ أحدهما الآخر: يقضي للخارج إجماعا.

ولو ادعيا ملكا إرثا لابيه: إن كانت العين في يد أحدهما ولم يؤرخا أو أرخا سواء يقضي للخارج، وإن أرخا وأحدهما أسبق فهو لاسبقهما.

وعند محمد: للخارج لانه لا عبرة للتاريخ هنا، وإن أرخ أحدهما لا الآخر فهو للخارج إجماعا، وقيل يقضى للمؤرخ عند أبي يوسف من جامع الفصولين في الثامن.

أقول: أو أرخا وتاريخ الخارج أسبق، وإن أرخا وتاريخ ذي اليد أسبق فهو له.." (١)

---

(١) قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار علاء الدين بن محمد بن عابدين ١٣٥/٨

"لآبائهم، ومدعي النسب أب لان دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان، وكفر الآباء جحود والاصل عدمه، ألا ترى إلى انتشار الاسلام بعد الكفر في الآفاق.

وأما الحضانة فتركها لا يلزم منه رق اهـ.

بخلاف ترك النسب هنا فإن المصير بعده إلى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة اهـ.

أقول: لكن بعد استدراك الشارح الآتي عن ابن كمال بأنه يكون مسلما فلا **إشكال**، وإن اعترض عليه فإنك ستسمع الاعتراض **والجواب**.

قال في شرح الملتقى: وهذا إذا ادعياه معا، فلو سبق

دعوى المسلم كان عبدا له، ولو ادعيا البنوة كان ابنا للمسلم إذ القضاء بنسبه من المسلم قضاء بإسلامه.

قوله: (لكن جزم ابن الكمال بأنه يكون مسلما) أي تبعا للدار وابنا للكافر بالدعوة كما صرح به فيه، لان حكمه حكم دار الاسلام، وفيه أنه لا عبرة للدار مع وجود أحد الأبوين ح.

قلت: يخالفه ما ذكروا في اللقيط لو ادعاه ذمي يثبت نسبه منه وهو مسلم تبعا للدار، وتقدم في كتابه عن الولوالجية: ولا يقال إن تبعية الدار إنما تكون عند فقد الابوين لان تبعيته قبل ثبوت أن الذمي أب له حيث كان في يد المسلم والكافر يتنازعان فيه، وهو قول في غاية الحسن وإن كان مخالفا الظاهر.

تعليل الهداية وغيرها فليتبصر.

قوله: (قال زوج امرأة لصبي معهما) أي في يدهما احترز به عما لو كان في يد أحدهما.

قال في التاترخانية: وإن كان الولد في يد الزوج أو يد المرأة فالقول للزوج فيهما، وقيد بإسناد كل منهما الولد إلى غير صاحبه، لما فيها أيضا عن المنتقى: صبي في يد رجل وامرأة قالت المرأة هذا ابني من هذا الرجل وقال ابني من غيرها يكون ابن الرجل ولا يكون للمرأة، فإن جاءت بامرأة شهدت على ولادتها إياه كان ابنها منه وكانت زوجته بهذه الشهادة، وإن كان في يده وادعاه وادعت امرأته أنه ابنها منه وشهدت امرأة على الولادة لا يكون ابنها منه بل ابنه لأنه في يده، واحترز عما فيها أيضا: صبي في يد رجل لا يدعيه أقامت امرأة أنه ابنها ولدته ولم تسم أباه وأقام رجل أنه ولد في فراشه ولم يسم أمه يجعل ابنه من هذه المرأة ولا يعتبر الترجيح باليد، كما لو ادعها رجلان وهو في يد أحدهما فإنه يقضى لذي اليد.

قوله: (فهو ابنهما) لان كل واحد منهما أقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه ولا رجحان لاحدهما على الآخر لاستواء أيديهما فيه فيكون ابنهما، هذا إذا كان لا يعبر عن نفسه وإلا فهو لمن صدقه.

عيني.

قوله: (إن ادعيا) هذا إذا كان النكاح بينهما ظاهرا، وإن لم يكن ظاهرا بينهما يقضي بالنكاح بينهما.

هندية عن شرح الطحاوي.

قوله: (وإلا ففيه تفصيل ابن كمال) حيث قال: وإلا فعلى التفصيل الذي في شرح الطحاوي ولم يبين ذلك التفصيل، وظاهر إطلاق المتون والشروح أنه لا فرق بين أن يدعيا معا أو متعاقبا وهي الموضوعة لنقل المذهب فليكن العمل عليها، ولان ما يدعيه أحدهما غير ما يدعيه الآخر إذ هو يدعي أبوته وهي تدعي الامومة، ولا ينافي
إحدى الدعوتين الاخرى، غير أن كلا يكذب صاحبه في حق لا يدعيه لنفسه فيلغو قوله ولا يعتبر السبق فيه، والله تعالى أعلم.
قال في الهندية: ولو ادعى الزوج أولا أنه ابنه من غيرها وهو في يديه يثبت النسب من غيرها." (١)
"فرع: لم يذكر الإقرار العام وذكره في البحر، وفي المنح، وصح الإقرار بالعام كما في يدي من قليل أو كثير أو عبد أو متاع أو جميع ما يعرف بي أو جميع ما ينسب إلي لفلان وإن اختلفا في عين أنها كانت موجودة وقت الإقرار أو لا، فالقول قول المقر إلا أن يقيم المقر له البينة أنها كانت موجودة في يده وقته.
واعلم أن القبول ليس من شرط صحة الإقرار، لكنه يرتد برد المقر له.
صرح في الخلاصة، وكثير من الكتب المعتمدة واستشكل المصنف بناء على هذا قول العمادي وقاضيخان: الإقرار للغائب يتوقف على التصديق.
ثم أجاب عنه وبحث في **الجواب** الرملي ثم أجاب عن **الإشكال** بما حاصله: أن اللزوم غير الصحة، ولا مانع من توقف العمل مع صحته كبيع الفضولي، فالمتوقف لزومه لا
صحته، فالاقرار للغائب لا يلزم حتى صح إقراره لغيره كما لا يلزم من جانب المقر له حتى صح رده، وأما الإقرار للحاضر فيلزم من جانب المقر حتى لا يصح إقراره لغيره به قبل رده، ولا يلزم من جانب المقر له فيصح رده، وأما الصحة فلا شبهة فيها من الجانبين بدون القبول وقدمنا شيئا من ذلك فارجع إليه.

قوله: (ولزمه بيان ما جهل) أي يجبر عليه إذا امتنع كما في الشمني، لانه لزمه الخروج عما وجب عليه بالاقرار، لان كثيرا من الاسباب تتحقق مع الجهالة كالغصب والوديعة، لان الانسان يغصب ما يصادف ويودع ما عنده من غير تحرير في قدره وجنسه ووصفه فيحمل عليه حتى لو فسره بالبيع أو الاجارة لا يصح إقراره، لان هذه العقود لا تصح مع الجهالة فلا يجبر على البيان.
زيلعي.
قال العلامة الخير الرملي: أقول به استخرجت **جواب** حادثة الفتوى: كرم وقف استهلك العامل عليه حصة الوقف مدة سنين أو مات العامل وأقر ورثته باستهلاك ثمرته في السنين المعينة إقرارا مجهولا في الغلة.

---

(١) قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار علاء الدين بن محمد بن عابدين ٢٠٢/٨

فأجبت: بأنهم يجبرون على البيان والقول لهم مع الحلف إلا أن يقيم المتولي بينة بأكثر، فتأمل اه.
وقال أيضا: ذكر صاحب البحر في البيع في شرح قوله: وإن اختلفت النقود فسد البيع، لو أقر بعشرة دنانير حمر وفي البلد نقود مختلفة حمر لا يصح بلا بيان، بخلاف البيع فإنه يتصرف إلى الاروج.
اهـ.
ولا ريب أن معنى قوله: لا يصح بلا بيان: أي لا يثبت به شئ بلا بيان، بخلاف البيع فإنه يثبت الاروج بدون بيان، إذ صحة الاقرار بالمجهول مقررة وعليه البيان.
تأمل.
وفي المقدسي: ولو بين الغصب في عقار أو خمر مسلم صح لانه مال، فإن قيل الغصب أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده، وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم.
وأجيب: بأن ذلك حقيقة وقد تترك بدلالة العادة وفي خير مطلوب سواء عين في هذه البلدة أو غيرها، ولو قال: الدار التي في يد فلان صح بيانه، ولا تؤخذ من يده ولا يضمن المقر شيئا لانه أقر بغصبها وهي لا تضمن بالغصب اه.
أقول: وإنما يلزمه بيان ما جهل، هذا إذا لم يكن الحكم عليه من لخارج، أما إذا أمكن فلا ويحكم عليه بالمتيقن، ألا يرى أنه لو قال: لا أدري له علي سدس أو ربع فإنه يلزم الاقل.
وسيأتي ما
يوضح ما ظهر لي.
وفي المقدسي: له علي عبد أو قال له شرك فيه: أوجب أبو يوسف قيمة وسط في الاول والشطر في الثاني، ومحمد البيان فيهما، ولو قال له عشرة دراهم ودانق أو قيراط فهما من." (١)
"لزمه الكران.
اهـ.
كما في شرح المنار لابن نجيم.

قوله: (فهو إقرار له) أي للمقر له، قال في شرح الملتقي: وإن تعددت الديون والودائع، ولا يصدق المقر له قال عنيت بعضها اه.

قوله: (وحق القبض للمقر) فيأخذ ما ذكر ويدفعه للمقر له.
قال في شرح الملتقى: ولو جحد المودع ضمن للمقر له إذا تلف.

قوله: (برئ) أي إذا أقر المقر أنه أذن له.

---

(١) قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار علاء الدين بن محمد بن عابدين ٢٢٧/٨

كذا في شرح الملتقى.

قوله: (لكنه مخالف الخ) هذا الاستدارك وجيه ومؤيد لا يقبل التغيير، وربما كلمة لي في الخلاصة من زيادة الناسخ، ولذا لم توجد في الوديعة بعده، لكن كلام الحاوي يؤيد الزيادة، وزيادة الحاوي وجيهة على ما ظهر لي حيث إن العبرة لآخر الكلام.

قوله: (لما مر الخ) أي أوائل كتاب الاقرار عند قول المصنف جميع مالي أو ما
أملكه هبة لا إقرار وقدمنا الجواب عن ذلك والتوفيق بما يشفي الغليل، فراجعه إن شئت.

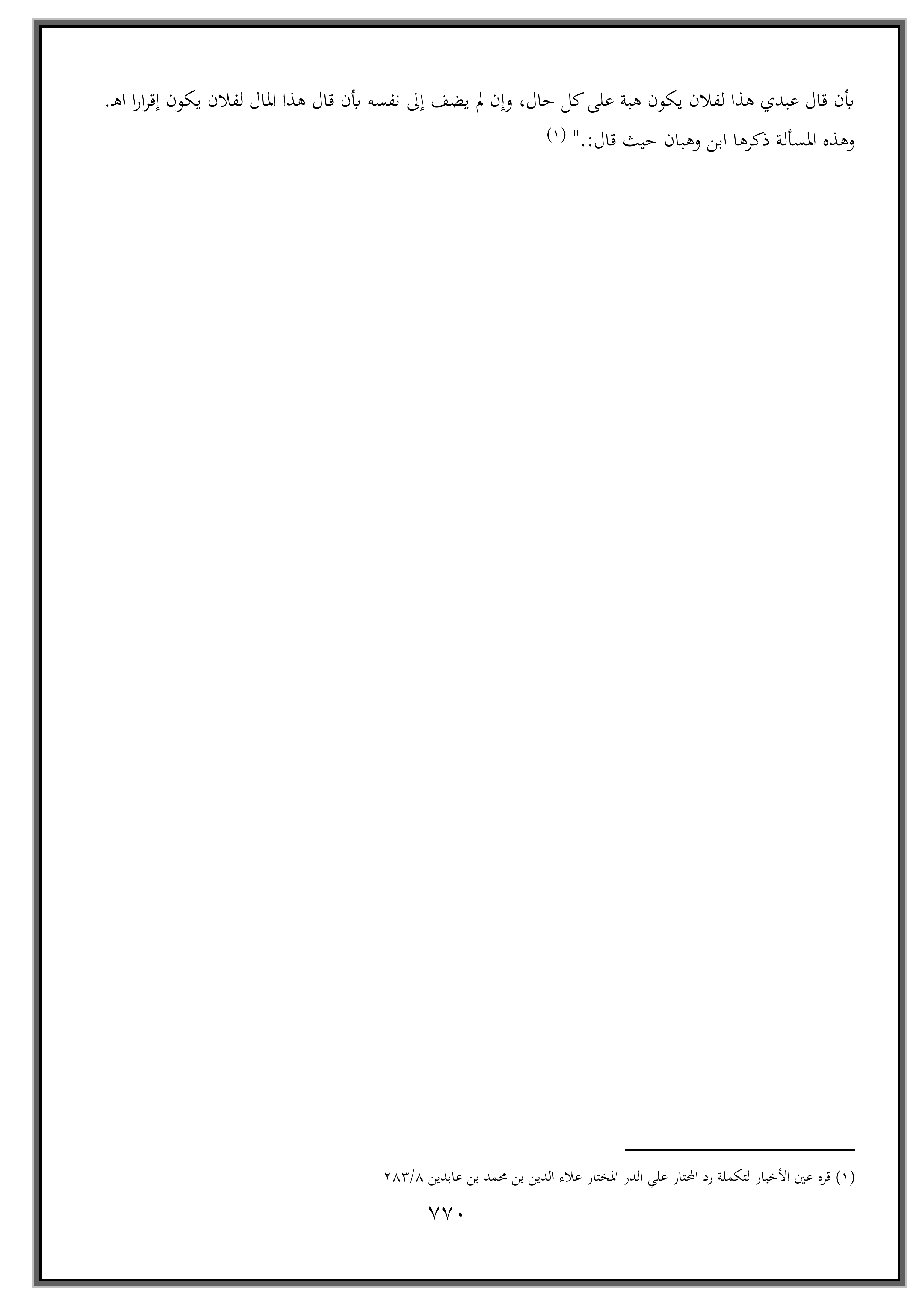
قوله: (إن أضاف إلى نفسه كان هبة) أي فيراعي شروطها ولا يكون إقرارا لانه إخبار، وقضية الاضافة إلى نفسه منافية له فيكون هبة.

قوله: (فيلزم التسليم) لان هبة الدين لا تصح من غير من عليه الدين إلا إذا سلط على قبضه.

قوله: (ولذا قال في الحاوي القدسي) عبارته كما في المنح قال: الدين الذي لي على زيد فهو لعمرو ولم يسلطه على القبض لكن قال واسمي في كتاب الدين عارية صح، ولو لم يقل هذا لم يصح اه.
فهو من غير ذكر لفظ لو، واستفيد من هذا أنه لو سلطه على قبضه أو قال هذه الجملة صح على أنه إقرار وإلا يصح إقرارا بل هبة.

قوله: (قال المصنف وهو) أي قوله وإن لم يقله لم يصح هو المذكور في عامة المعتبرات، خلافا للخلاصة.
حاصله: أنه إن سلطه على قبضه أو لم يسلطه ولكن قال اسمي فيه عارية يصح كما في فتاوى المصنف، وعلى الأول يكون هبة وعلى الثاني إقرارا، وتكون إضافته إلى نفسه إضافة نسبة لا ملك كما ذكره الشارح فيما مر وإنما اشترط.
قوله: واسمي عارية ليكون قرينة على إرادة إضافة النسبة، وعليه يحمل كلام المتن ويكون إطلاقا في محل التقييد، فلا إشكال حينئذ في جعله إقرارا ولا يخالف الأصل المار للقرينة الظاهرة.
وفي شرح الوهبانية: امرأة قالت الصداق الذي لي على زوجي ملك فلان بن فلان لا حق لي فيه وصدقها المقر له ثم أبرأت زوجها قيل يبرأ، وقيل لا.
والبراءة أظهر لما أشار إليه المرغيناني من عدم صحة الاقرار، فيكون الابراء ملاقيا لمحله اه.
أي فإن هنا الإضافة للملك ظاهرة، لأن صداقها لا يكون لغيرها فكان إقرارها له هبة بلا تسليط على القبض.
وأعاد الشارح المسألة في متفرقات الهبة واستشكلها، وقد علمت زوال الإشكال بعون الملك المتعال فاغتنمه.

قوله: (فتأمل عند الفتوى) العبرة لما في عامة كتب المذهب، وفي شرح العلامة عبد البر، وقالوا: إذا أضاف المال إلى نفسه



بأن قال عبدي هذا لفلان يكون هبة على كل حال، وإن لم يضف إلى نفسه بأن قال هذا المال لفلان يكون إقرارا اهـ.
وهذه المسألة ذكرها ابن وهبان حيث قال:." [1]

(١) قره عين الأخيار لتكملة رد المحتار علي الدر المختار علاء الدين بن محمد بن عابدين ٢٨٣/٨